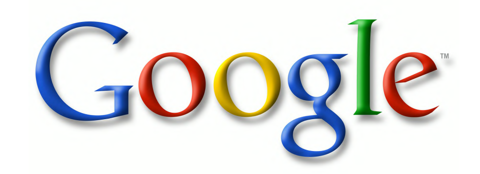




JFE
LSF
VAd

Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren.

Von

Dr. E. von Schrutka-Rechtenstamm,
ord. Professor des Rechtes an der Universität Wien.

Dogmatischer Theil.



Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1893.

Zur

Dogmengeschichte und Dogmatik

der

Freigebung fremder Sachen

im

Zwangsvollstreckungsverfahren.

Von

Dr. E. von Schrutka-Rechtenstamm,

ord. Professor des Rechtes an der Universität Wien.

Dogmatischer Theil.



Berlin.

Carl Heymanns Verlag.

1893.

Inhalt.

Einleitung.

Die im ersten Theile dieser Arbeit angestellten dogmengeschichtlichen Untersuchungen haben ergeben, dass der Anspruch auf Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren unabhängig von der Form seiner Geltendmachung betrachtet werden kann. Darum sollen auch in der folgenden dogmatischen Darstellung, welche sich auf dem Boden des heutigen österreichischen Rechtes und der Civilprocessordnung für das Deutsche Reich bewegt,*) nach vorausgegangener Feststellung der einschlägigen Rechtsnormen und ihrer Tragweite vorerst der sog. Exscindirungs-Anspruch und sodann das Exscindirungs-Verfahren erörtert werden. Die weitaus schwierigere Aufgabe ist, eine befriedigende Construction des Exscindirungs-Anspruches zu gewinnen. Ueber dieselbe ist eine Einigung bisher nicht erzielt worden. Vielleicht deswegen, weil man die geschichtliche Entwickelung nicht bis zu ihrem Ausgangspunkte zurückverfolgt hat. Auf Grund unserer dogmengeschichtlichen Studien stellt er sich als ein gegen die Obrigkeit gerichtetes, im Interesse dritter Personen bestehendes Rechtsmittel auf Freigebung eines von der Zwangsvollstreckung ergriffenen, jedoch zu dem der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen des Exequendus nicht gehörigen Vermögensbestandtheils dar. Es wird sich zeigen, dass dieser Begriff mehr weniger auch den Bestimmungen des heutigen österreichischen und deutschen Rechtes zu Grunde liegt, obgleich er den gesetzgebenden Factoren nicht zum Bewusstsein kam.

---

*) Litteratur:

Olshausen, J., Die Einsprüche dritter Personen in der Executionsinstanz nach gemeinem und preussischem Rechte sowie vom Standpunkte der Gesetzgebung, Berlin, 1871.

Voss, Ueber die civilrechtliche Natur der Einsprüche Dritter in der Executionsinstanz. Gruchot, Beiträge Bd. 23, S. 232—286, 1879.

Kühne, Berechtigt nach gemeinem Rechte juristischer Besitz zur Intervention in der Executionsinstanz oder in Folge der Vollstreckung eines Sicherheits-Arrestes? Gruchot, Beiträge Bd. 23, S. 497—511, 1879.

Westerburg, Albert, Einige Bemerkungen über die Natur der Interventions-Klagen in der Executionsinstanz. Gruchot, Beiträge Bd. 23, S. 870 bis 894, 1879.

Frese, Die Executions-Intervention nach der Reichscivilprocessordnung an einem praktischen Falle dargestellt und erläutert, Leipzig, 1880.

Glasenapp, Die Begründung der Interventionsklage auf Herausgabe abgepfändeter Mobilien. Gruchot, Beiträge Bd. 24, S. 245—297, 1880.

Voss, Die Umbildung des dinglichen Rechtes im sog. Interventionsanspruche. Gruchot, Beiträge Bd. 25, S. 349—410, 1881.

Francke, Widerspruch Dritter gegen Zwangsvollstreckungen der deutschen C.P.O. Z. f. d. C.P. Bd. 5, S. 203—223, 1882.

Voss, Condictio possessionis und Vollstreckungspfändung. Archiv f. civ. Praxis, Bd. 66, S. 161—203, 1883.

Nessel, Der Interventionsprocess in der Zwangsvollstreckungsinstanz im Geltungsbereiche des preuss. Allgem. Landrechts. Gruchot, Beiträge Bd. 28, S. 83—179, 1884.

Voss, Negatorienklage und Vollstreckungspfändung. Dogm. Jahrb. Bd. 23, S. 43—105, 1884.

Bunsen, Die Lehre von der Zwangsvollstreckung auf Grundlage der deutschen Reichsjustizgesetze systematisch dargestellt, Wismar, 1885, S. 89—94.

Tränkner, Mittheilungen aus der Praxis. Arch. f. civ. Praxis Bd. 68, S. 412—417, 1885.

Petersen (Hamburg), Ueber den Umfang der Processvollmacht in Bezug auf Klagen Dritter gegen die Parteien, namentlich die Widerspruchsklage hinsichtlich des Gegenstandes der Zwangsvollstreckung. Zeitsch. f. d. C.P. Bd. 9, S. 362—384, 1885.

F. Kahn, Die Natur der Interventionsklage nach der C.P.O., und deren Anwendung auf die Mobilien-Execution im Gebiete des französischen Rechts. Arch. f. civ. Praxis, Bd. 76, S. 371—443, 1886.

Schäffer, zu Zimmermann, Ueber. den Umfang der actio negatoria. Archiv f. praktische Rechtswissenschaft Bd. 2, S. 315—320 bez. S. 308 bis 314.

v. Schrutka-Rechtenstamm, Zur Analyse der Exscindirungs-Klage. Grünhut's Zeitsch. Bd. 13, S. 298—313, 1886.

Kornitzer, Zur Lehre von der Exscindirungsklage. Oest. Central-Blatt, Bd. 5, S. 65—71.

Staub, Hermann, Klage und Einrede im Interventionsprocesse. Juristische Wochenschrift, 1887: S. 407—409 (No. 46, 47, Einleitung. Die rechtliche Natur der Interventionsklage). S. 421—425 (No. 48, 49, Die preussische Besitzrechtsklage). 1888: S. 201—206 (No. 23, 24, Die Klage auf Rückzahlung des Erlöses). S. 265—267 (No. 29, 30, Die obligatorische Interventionsklage. Die possessorische Interventionsklage). S. 295—298 (No. 33, 34, Die Klage auf Rückzahlung des unter Vorbehalt Gezahlten. Processuale und materielle Einzelfragen. I. Processuale Fragen. 1. Der Tenor. 2. Sind Interventionssachen Feriensachen? 3. Werth des Streitgegenstandes. 4. Einstellung der Zwangsvollstreckung und Zustellung der Klage). S. 301—305 (No. 35, 36, II. Materielle Fragen. 1. Das juristische Wesen des Möbelleihcontractes. 2. Das constitutum possessorium. 3. Kann der Kommittent interveniren? 4. Intervention der Ehefrau). 1889: S. 127—129 (No. 15, Die Vertheidigung des Interventionsbeklagten). S. 359—364 (No. 41, 42, Der Kostenpunkt).

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluss der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Berlin, 1888. S. 109—130.

Pfaff, Riehl's Spruchpraxis, Jahrg. 6, 1889, S. 369, 370.

Frantz, Abhandlungen zur Lehre von der Executions-Intervention. (1. Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers. 2. Die rechtliche Natur der Interventionsklage (actio negatoria). 3. Die Existenz dieser Klage im Gebiete des französischen Rechts. 4. Entschädigungs-Anspruch des Eigenthümers, dessen Sachen zu Gunsten des betreibenden Gläubigers bei dem Schuldner gepfändet und versteigert worden sind). Mannheim, 1889.

Voss, Hauptintervention, Widerspruchsklage (§ 690 der C.P.O.) und Vorzugsklage (§ 710 der C.P.O.). Archiv f. civ. Praxis Bd. 76, S. 284 bis 307, 1890.

R. B. Schmidt, Ueber v. Schrutka's Dogmengeschichte der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren. Zeitsch. f. d. C.P. Bd. 14, S. 161—185, 1890.

Frommhold, Georg, Die Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung in ihrer geschichtlichen Entwicklung. Breslau, 1891. Dazu: v. Schrutka-R. Grünhut's Zeitsch. Bd. 18, S. 935—739, 1891 und

R. B. Schmidt, Ueber Frommhold's Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung. Zeitsch. f. d. C.P. Bd. 17, S. 401—419, 1892.

Von den Commentaren zur C.P.O. für das Deutsche Reich sind hervorzuheben:

L. Seuffert, 5. Aufl., 1890, S. 815—819.
Struckmann-Koch, 5. Aufl., 1887, S. 753—755.
Wilmowski-Levy, 6. Aufl., 1892, Bd. 2, S. 939—945.
A. Förster, 1886, 1888. Bd. 2, S. 418—424

und neuestens

Gaupp, 2. Aufl., 1890, 1892, Bd. 2, S. 374—384.

Von den systematischen Bearbeitungen:

Fitting, Der Reichs-Civilprocess. 7. Aufl., 1890, S. 706—710.

Das Exscindirungs-Recht im objectiven Sinne.

§ 1.

Die österreichische Gesetzgebung.

Dem Hofdecrete vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, hat die Praxis ein weit über seinen Wortlaut hinausgehendes Anwendungsgebiet erschlossen. Das giebt den Anlass zu der Untersuchung, inwieweit die analoge Ausdehnung seiner Bestimmungen, insbesondere des das Exscindirungs-Verfahren regelnden Paragraphen 3 gerechtfertigt ist.

Um eine Uebersicht zu gewinnen über die Richtungen, nach denen die Erweiterung des ursprünglichen Anwendungsgebietes geschah, wollen wir uns in's Gedächtniss zurückrufen, dass das Hofdecret nur vor Augen hat eine auf Hereinbringung einer Geldforderung abzielende,

1. gerichtliche,
2. gegen bewegliche (körperliche) Sachen gerichtete,
3. Execution im engeren Sinne.

In der Praxis ist nun fraglich geworden,

1. ob die Analogie stattfinde im Zuge der sog. politischen Execution,

2. ob das Hofdecret auch gelte für die Execution in andere Vermögensstücke als fahrende Habe, und

3. ob es genüge, wenn nicht eine Execution zur Befriedigung, sondern bloss zur Sicherstellung, oder gar nur eine arrestatorische Massregel vorliegt, und andererseits ob nothwendig eine Einzel-Execution vorausgesetzt werde und das Hofdecret im Concurse unanwendbar sei.

An diese Anordnung soll sich die folgende Darstellung halten.

Dass die Obrigkeit, welche die Execution in das Vermögen einer bestimmten Person verhängt und vollzieht, auch darüber zu entscheiden habe, ob das saisirte Vermögensstück wirklich zu dem der Execution unterworfenen Vermögen des Exequendus gehöre oder nicht, scheint mir ein so selbstverständlicher Grundsatz zu sein, dass an demselben überall da festgehalten werden sollte, wo er nicht durch eine entgegenstehende Bestimmung des positiven Rechtes zurückgedrängt ist. Und dennoch kann der österreichischen Praxis der Vorwurf nicht erspart werden, dass sie sich diesem einfachen und unverkennbaren Princip in den Fällen der sog. politischen Execution verschlossen habe. Weder in unserer politischen noch in unserer Justizgesetzgebung findet sich ein Anhaltspunkt für die Annahme, dass die im Zuge einer politischen Execution auftauchenden Exscindirungs-Anträge vom Gerichte und nicht von der Administrativ-Behörde selbst zu erledigen seien. Nichtsdestoweniger verharrt unsere Praxis unbedenklich auf dem Standpunkte, auf welchen sich der oberste Gerichtshof mit Beschluss vom 12. November 1872 Z. 11305 gestellt hat. Damals wurde in das Judicaten-Buch sub No. 78 folgender Rechtssatz aufgenommen:

„Auch in den Fällen einer politischen Execution steht die Entscheidung über die Privatansprüche dritter Personen, welche sich durch die vollzogene Execution in ihrem Besitze, Eigenthume oder anderen Rechten für gekränkt halten und die gänzliche oder theilweise Aufhebung der Execution bewirken wollen, sowie die nach Massgabe des § 3 des Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, vorläufig zu bewilligende Sistirung weiterer Executionsschritte den Gerichten zu.“

M. E. entbehrt dieses Judicat völlig der gesetzlichen Unterlage.[1])

[1]) Vgl. dagegen den § 26 der preussischen Verordnung betreffend das Verwaltungsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen vom 7. Sep-

Der Beweis hierfür ist nicht schwer zu erbringen. Es genügt ein Blick auf das Referat, auf Grund dessen obiger Beschluss gefasst wurde. Die dort niedergelegten Argumente sprechen so sehr gegen obigen Rechtssatz, dass man sich verwundert fragt, wie er dennoch aufgestellt werden konnte. Die Vorgeschichte desselben ist zwar in den „Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes in Civilsachen, veröffentlicht auf dessen Veranlassung von der Redaction der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung“, Band I, 1879, S. 86—89 und in der „Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes“, Bd. X, No. 4772 mitgetheilt. Da aber die Darstellung manche Lücken aufweist, so möge es gestattet sein, sie an der Hand des Referates und der Acten zu ergänzen.

Im Jahre 1852 lag dem obersten Gerichtshofe ein Revisions-Recurs der minderjährigen Kinder des Exequendus gegen eine Entscheidung des venetianischen Appellationsgerichtes vor, durch welche auf Recurs des Fiscus die vom Civiltribunale in Venedig angenommene Exscindirungs-Klage *a limine* zurückgewiesen wurde, weil die Gerichte nicht berufen seien, über das Begehren einer Beschränkung oder Aufhebung einer politischen Execution zu entscheiden. Es handelte sich damals um

tember 1879, Gesetz-Sammlung, S. 591. Derselbe lautet: „Behauptet ein Dritter, dass ihm an dem gepfändeten Gegenstande ein die Veräusserung hinderndes Recht zustehe, so ist der Widerspruch gegen die Pfändung erforderlichenfalls im Wege der Klage geltend zu machen.

Auf die Einstellung weiterer und die Aufhebung bereits erfolgter Vollstreckungsmassregeln finden die Vorschriften der §§ 688, 689 der deutschen C.P.O. Anwendung.

Der Pfändung einer Sache kann ein Dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechtes nicht widersprechen; er kann jedoch seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege der Klage geltend machen ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht.

In den in den Absätzen 1 und 3 bezeichneten Fällen ist die Klage ausschliesslich bei dem Gerichte zu erheben, in dessen Bezirke die Pfändung erfolgt ist. Wird die Klage gegen denjenigen, für dessen Rechnung die Zwangsvollstreckung stattfindet, und den Schuldner gerichtet, so sind diese als Streitgenossen anzusehen.“

eine Steuerexecution wider den Vater der genannten Minderjährigen, von deren officiosen Vertreter behauptet wurde, dass die gepfändeten Möbel Eigenthum der minderjährigen Kinder seien. Das Appellationsgericht stützte sich insbesondere auf das Steuerpatent vom 18. April 1816 für das lombardisch-venetianische Königreich, wo in den Artikeln 76 und 133 sogar die Art der Geltendmachung der Ansprüche Dritter vorgezeichnet und die Dazwischenkunft der Gerichte ausgeschlossen ist.[2]) Der Vater der Minderjährigen hatte sich damals wirklich an die Delegation in Padua mit einer Beschwerde gewendet, doch wurde dieselbe wegen nicht erwiesenen Eigenthumsanspruchs der Minderjährigen zurückgewiesen. Anstatt nun den Recurs an die competente Oberbehörde. — Governo im Sinne des Art. 133 des Patentes — zu ergreifen, veranlasste er die gerichtliche Bestellung eines officiosen Vertreters, welcher die Exscindirungs-Klage gegen den Fiscus überreichte. Von dem obersten Gerichtshofe wurde der erstgerichtliche Bescheid am 11. Juni 1852 Z. 5463 bestätigt.

Anders wurde am 6. September 1870 Z. 10712 (Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes, Bd. VIII, No. 3863) erkannt. Auch damals handelte es sich um eine Steuer-Execution. Die Exscindirungs-Klage der Gattin des Exequendus wurde zwar von dem ersten Gericht angenommen und deren Annahme nicht angefochten. Aber das Sistirungsbegehren wiesen alle drei Instanzen ab, weil die Gerichte nicht befugt sein können, in die Amtshandlungen der politischen Behörden einzugreifen.

Ein anderer, im gleichen Sinne entschiedener Fall kam im Jahre 1872 vor (Sammlung, Bd. IX, No. 4624). Das Landes-

---

[2]) Der Art. 76 dieses Patentes (*Raccolta degli atti del governo e delle disposizioni generali emanate dalle diverse autorità in oggetti sì amministrativi che giudiziari*, vol. I, No. 6, S. 331, 332) lautet: *Nessuna autorità amministrativa o giudiziaria può sospendere per qualsivoglia titolo o causa gli atti intrapresi dall' esattore per la riscossione delle contribuzioni e dei crediti spiegati nei precedenti articoli. Chiunque si credesse gravato dagli atti dell' esattore, deve presentare il suo riclamo al rispettivo cancelliere del censo; questo, verificati i fatti e sentite le deduzioni dell' esattore inoltra le carte col suo voto alla regia delegazione per le sue decisioni.*

gericht in Wien hatte mit Bescheid vom 27. Februar 1872 Z. 11308 die Exscindirungs-Klage des Dritten wider das Steuer-Aerar angenommen. In dem dagegen ergriffenen Recurse begehrte die niederösterreichische Finanzprocuratur Zurückweisung der Klage wegen offenbarer Incompetenz. Die fragliche Pfändung sei nicht von einem Gerichte, sondern in Folge Auftrages des Wiener Magistrates als Steuerbehörde von einem magistratischen Steuercommissär, also von einer politischen Behörde im eigenen Wirkungskreise durch deren Organe vorgenommen worden. Solche Anordnungen der politischen Behörden, welche von diesen nach den §§ 1 und 2 der kaiserlichen Verordnung vom 20. April 1854, R.G.B. No. 96, durch die ihnen gesetzlich zustehenden Mittel zum Vollzug gebracht werden, unterliegen der Anfechtung Seitens welch' immer betroffener Personen nur im Wege des Recurses an die vorgesetzte politische Behörde; der Civilrichter könne zur Annullirung solcher Amtshandlungen nicht berufen sein. Bedürfte dieses in der Natur der Sache und in der Unabhängigkeit der einzelnen Staatsgewalten voneinander begründete Axiom noch eines Beweises, so liege selber wortdeutlich in dem Alinea 2 des Artikels 15 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt vom 21. December 1867, R.G.B. No. 144, wo nicht unterschieden werde, wer (der Exequendus selbst oder seine Gattin oder seine Gläubiger) in seinen Rechten verletzt zu sein behaupte und ob die Verletzung eines öffentlichen oder Privatrechtes geltend gemacht wird. Das Hofdecret vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, habe nach seinem Wortlaut und Sinn offenbar nur bei Anfechtung gerichtlicher Executionsschritte als Norm zu gelten. Eine analoge Anwendung könnte es nur in der Art finden, dass die politischen Behörden bei Anfechtung von politischen Executionen durch Dritte danach vorgehen. Es gebe auch genug andere Fälle der politischen Entscheidungssphäre, welche viele Momente mit gerichtlichen Proceduren gemein haben; wollte man daraus folgern, dass die Gerichte über die Giltigkeit oder Ungiltigkeit solcher politischer Entscheidungen zu urtheilen haben, dann wäre es mit der Trennung der Verwaltung von der Justizpflege zu Ende. Schliesslich berief sich die

Finanzprocuratur noch auf die in ihren Motiven vollkommen übereinstimmende Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 6. September 1870 Z. 10712.

Das österreichische Oberlandesgericht in Wien hat auch wirklich am 9. April 1872 Z. 6500 (im Widerspruch mit einer in einem anderen Falle am 25. November 1865 Z. 22596 erfolgten obergerichtlichen Entscheidung) dem Recurse der Finanzprocuratur Statt gegeben und die Klage des Dritten als zur gerichtlichen Competenz nicht gehörig zurückgewiesen, weil sie gegen eine von der politischen Behörde getroffene Verfügung gerichtet sei, welche nach Artikel 15 Alinea 2 des Staatsgrund-Gesetzes vom 21. December 1867, R.G.B. No. 144, nicht vor dem Civilrichter angefochten werden kann, und das Hofdecret vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, nur in jenem Falle Anwendung finde, wo von dem Richter die Execution verfügt wurde. Der oberste Gerichtshof hat am 4. Juni 1872 Z. 5773 dem Revisions-Recurs des Dritten keine Folge gegeben, weil die Anfechtung einer von der politischen Behörde verfügten Execution nicht auf den Rechtsweg gehört und das Hofdecret vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, sich nur auf gerichtliche Executionen bezieht.

Das Finanzministerium erlangte von dieser Entscheidung des obersten Gerichtshofes Kenntniss und liess sich von der niederösterreichischen Finanzprocuratur Bericht erstatten. In deren Berichte vom 7. Juli 1872 Z. 10479 wird bemerkt, dass die Finanzprocuratur früher allerdings eine andere Gerichtspraxis zu bekämpfen hatte, dass sie aber durch die letzte principielle Entscheidung von der nicht unbedeutenden Last der Exscindirungs-Processe, in welchen die subtilsten Rechts- und Beweisfragen mit einem ganz unverhältnissmässigen Aufwand von Zeit und Mühe discutirt werden, enthoben worden sei. Im Uebrigen müsse, so lange ein Verwaltungsgerichtshof nicht besteht und nur von den politischen Behörden über angebliche Rechtsverletzungen durch politische Executionen zu entscheiden ist, in zweifelhaften Fällen von derselben ein Rechtsgutachten eingeholt und inzwischen die Execution sistirt werden.

Aus der Note des Finanzministeriums vom 13. Juli 1872 Z. 3012, womit dieses den Bericht der Finanzprocuratur an die Ministerien des Innern und der Justiz leitete, ist zu entnehmen, dass demselben mit der Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 4. Juni 1872 Z. 5773 nur eine Verlegenheit bereitet wurde, welcher zunächst durch ein Abgehen des obersten Gerichtshofes von jener dort ausgesprochenen Ansicht abzuhelfen wäre. Wenn es auch keinem Zweifel unterliege, dass in sehr vielen Fällen mit dem Rechtsmittel der Exscindirungs-Klage ein nahezu muthwilliger Missbrauch getrieben wird, welcher namentlich bei einer zu laxen Praxis in Zulassung von Haupteiden die Rechte der Gläubiger illusorisch machen kann, so dürfte doch der vom obersten Gerichtshofe angenommene Grundsatz, selbst vom Standpunkte der Administration, manches Bedenken erwecken können. Die selbstverständliche Unzulässigkeit, zur Einbringung einer Schuld eine nicht dem Schuldner gehörige Sache in Execution zu nehmen, sei nicht erst durch das Hofdecret vom 29. Mai 1845 J.G.S. No. 889, ausgesprochen worden und der Eigenthümer sei natürlich auch früher schon in der Lage gewesen, seine privatrechtlichen Ansprüche im Wege der Klage geltend zu machen. Der Verwaltungsgerichtshof sei nicht competent, wenn die Entscheidung den Gerichten zusteht, und dies sei unzweifelhaft der Fall, wenn die administrative Behörde gegenüber der betroffenen Partei eine rein privatrechtliche Stellung einnehme. Die Exscindirungs-Klage werde nicht gegen die politische Behörde als exequirendes Organ, sondern gegen das Aerar oder den Fonds gerichtet, zu dessen Gunsten die Execution vorgenommen wurde. Das Verhältniss des Staates zum Steuerschuldner entziehe sich allerdings der Cognition der ordentlichen Gerichte, allein das Verhältniss des Aerars zu einem Dritten, dessen Privateigenthum durch einen Eingriff der Staatsadministration verletzt wurde, sei ein grundverschiedenes. Sollte da der Dritte den Schutz der ordentlichen Gerichte nicht finden können, so müsse auch eine gerichtliche Pfändung durch eine nachträgliche politische Execution wirkungslos gemacht werden können und die Austragung solcher collidirender Pfandrechte

vor dem ordentlichen Richter ausgeschlossen werden. Die Verwaltung sei weder berufen noch in der Lage, über Eigenthumsansprüche zu erkennen und habe die Hauptbeweismittel in einem Rechtsstreite, beeidete Zeugenaussagen und Parteieide, im Zuge einer administrativen Erhebung nicht zur Hand. Es stünden namentlich die Hofdecrete vom 26. Februar 1789, J.G.S. Nr. 977 (Wessely, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in und ausser Streitsachen für Böhmen etc. 3. Aufl. I, S. 425) und vom 2. September 1824, J.G.S. No. 2039 (Wessely, Handbuch 3. Aufl. I, S. 489) der Auffassung entgegen, als ob bei einer politischen Execution die Rechte dritter Personen der gerichtlichen Cognition entrückt wären. Das Finanzministerium beabsichtige bei dieser Sachlage die Finanzprocuraturen anzuweisen, in ähnlichen Fällen die gerichtliche Competenz nicht weiter anzufechten. Da aber die Gerichte in Folge der bekannt gewordenen Entscheidung des obersten Gerichtshofes derlei Exscindirungs-Klagen *a limine* zurückweisen könnten, ergebe sich die Frage, welche andere Massregeln, nöthigenfalls legislativer Natur, etwa noch angezeigt wären.

Das Ministerium des Innern theilt laut seiner Note vom 13. October 1872 Ž. 3632, womit es diese Verhandlung an das Justizministerium leitete, die Anschauung, dass Exscindirungs-Ansprüche im Rechtswege geltend gemacht werden können, indem es überhaupt von der Ansicht ausgeht, dass privatrechtliche Ansprüche, sofern die Entscheidung darüber nicht ausdrücklich der politischen Behörde zugewiesen ist, nur im Rechtswege geltend gemacht werden können, welcher insbesondere für Exscindirungs-Ansprüche der sowohl dem Steuerärar als der Gegenpartei zusagendste Weg sei. Dass positive Bestimmungen nicht entgegenstehen, ergebe sich auch aus dem Hofdecrete vom 31. December 1818, J.G.S., No. 1531, betreffend die Competenz in Erbsteuer-Angelegenheiten. Unter den Rechten, von welchen Artikel 15 Alinea 2 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt spreche, könnten nur Rechte öffentlicher Natur oder höchstens solche Privatrechte verstanden werden, über welche die Verwaltungsbehörde abzusprechen hat, weil sonst nicht abzusehen wäre, warum man

wohl in den Fällen des ersten und nicht auch in den Fällen des zweiten Absatzes wegen Verletzung eines Privatrechtes die Abhilfe im ordentlichen Rechtswege suchen dürfe. Absatz 2 des Artikels 15 könne also nur solche Fälle im Auge haben, in welchen die Verwaltungsbehörde innerhalb ihrer Competenz Entscheidungen oder Verfügungen treffe, was bei einer Entscheidung über einen von einem Dritten erhobenen Eigenthumsanspruch nicht der Fall wäre. Das Hofdecret vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, hat wohl zweifellos nur gerichtliche Executionen im Auge, und es lasse sich auch nicht in Abrede stellen, dass jedenfalls ausdrückliche Normen über die Art und Weise der Geltendmachung der in Rede stehenden Exscindirungs-Ansprüche und über den Einfluss derselben auf den Gang der politischen Execution abgehen; gleichwohl dürfte man sich mit der analogen Anwendung der Bestimmungen jenes Hofdecretes behelfen können.

Das Justizministerium hat in seiner Note vom 21. October 1872 Z. 13308 es bei dem grossen Gewicht, welches das Finanzministerium dieser Angelegenheit beilegen zu sollen erachtet und da die von demselben beabsichtigte Weisung an die Finanzprocuratur doch nicht geeignet erscheine, für die Lösung der Competenzfrage eine sichere und gleichförmige Basis zu gewinnen, zunächst dem Ermessen des Präsidiums sowie der Beschlussfassung des obersten Gerichtshofes anheimgestellt, ob die Angelegenheit zur Behandlung nach § 16 lit. f des kaiserlichen Patentes vom 8. August 1850, R.G.B. No. 325, geeignet befunden werde.

Nach Bejahung dieser Vorfrage glaubte der Referent des obersten Gerichtshofes vorerst — und damit komme ich auf den Punkt zu sprechen, der m. E. besonders hervorgehoben zu werden verdient — dasjenige zusammenfassen zu sollen, was sich nach seinem Erachten zur Rechtfertigung der in den Entscheidungen des obersten Gerichtshofes vom 6. September 1870 Z. 10712 und vom 4. Juni 1872 Z. 5773 zum Ausdruck gekommenen Anschauung anführen lässt. Was zunächst den Artikel 15 Alinea 2 des Staatsgrundgesetzes vom 21. December 1867, R.G.B. No. 144, betrifft, so wurde sich in keiner der

beiden Entscheidungen des obersten Gerichtshofes darauf berufen. Allein so unzutreffend, als das Finanzministerium meint, wäre die Berufung auf diese Gesetzesstelle doch wohl nicht. Zuvörderst lässt der Gegensatz zwischen dem ersten und zweiten Absatz entnehmen, dass im ersten und nicht auch im zweiten Falle der ordentliche Rechtsweg offen stehe. Im ersten Absatz ist der Fall eines Exscindirungs-Anspruches bei einer politischen Execution nicht begriffen, folglich ist er unter den mit den Worten „Wenn ausserdem . . . .“ beginnenden zweiten Absatz zu subsumiren, und in diesem zweiten Absatz ist derjenige, welcher durch eine Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet, an den Verwaltungsgerichtshof gewiesen, was doch die Betretung des ordentlichen Rechtsweges ausschliesst. Dass hiernach gegen eine politische Entscheidung über widerstreitende Ansprüche von Privatpersonen der Rechtsweg zugelassen ist, gegen eine nur das Privatrecht einer einzigen dem Aerar gegenüberstehenden Partei verletzende politische Verfügung aber nicht, kann nicht befremden, wenn erwogen wird, dass, wenn nur Privatansprüche collidiren, das öffentliche Interesse mehr in den Hintergrund tritt. Man kann vollkommen zugeben, dass privatrechtliche Ansprüche, sofern die Entscheidung darüber nicht der politischen Behörde ausdrücklich zugewiesen ist, nur im Rechtswege geltend zu machen sind, und doch die Ansprüche auf Exscindirung aus einer politischen Execution als nicht in die gerichtliche Competenz fallend betrachten, weil, sobald einmal Verhängung und Vollzug in den Wirkungskreis der Verwaltungsbehörde fällt, das die politische Execution statuirende Gesetz als damit auch jede Anfechtung der politischen Executionsschritte der politischen Cognition zuweisend angesehen werden kann. Allerdings handelt es sich zwischen dem Staat und dem Steuerschuldner um ein öffentliches Recht, beim Eigenthumsanspruch des Exscindirungs-Werbers um ein Privatrecht; allein, wenn das öffentliche Interesse einmal dazu führt, der Verwaltungsbehörde einen sonst den Gerichten zustehenden Wirkungskreis einzuräumen, kann auch Jedermann es sich gefallen lassen müssen, dass er es mit der Verwaltungs-

behörde als Executionsbehörde zu thun habe und bei dieser wegen vermeintlicher Verletzung seiner Rechte Abhilfe suchen muss. Mit einer Unterscheidung zwischen dem Exequenten (dem Steuerärar) und der Executionsbehörde (der politischen Behörde) ist Nichts geholfen, weil es sich immer nur um die Consequenzen der Competenz der Verwaltungsbehörde handelt und es wohl als eine solche Consequenz betrachtet werden kann, dass die Behörde, welche zur Execution berechtigt war, auch in Ansehung aller Einsprüche zur Amtshandlung berufen sei. Gerade wenn man den Unterschied zwischen dem als Gläubiger erscheinenden Aerär und der die Execution verfügenden Verwaltungsbehörde beachtet, stellt sich die Stellung der letzteren nicht als eine rein privatrechtliche dar, sondern gleicht vielmehr jener des Executionsrichters. Freilich fehlt es an gesetzlichen Bestimmungen, wie hierbei insbesondere bezüglich des Beweisverfahrens vorzugehen sei; allein diesem Mangel wäre abzuhelfen und es ist wohl jedenfalls im politischen Verfahren nicht, wie das Finanzministerium meint, die Beweisführung durch Zeugen und Parteieide abgeschnitten, in welcher Beziehung insbesondere auf das Hofkanzleidecret vom 18. September 1828 Z. 21870 (Wessely, Handbuch, 3. Aufl., I, S. 30) hingewiesen werden kann. Uebrigens fehlt auch für die Gerichte eine Vorschrift, wie sie bei Exscindirungen aus einer politischen Execution vorzugehen hätten, weil das Hofdecret vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, nach seinem ganzen Wortlaut und Zusammenhang doch aufliegend nur gerichtliche Executionen im Auge hat und insbesondere das Sistirungsrecht des Richters bei politischen Executionen doch keineswegs als selbstverständlich betrachtet werden kann, sowie auch nicht zu übersehen ist, dass jenes Hofdecret die Entscheidung über Exscindirungs-Ansprüche dem Richter zuweist, welcher die Execution bewilligt oder vorgenommen hat, diese Bestimmung aber bei politischen Executionen nicht anwendbar ist. Die Hofdecrete vom 26. Februar 1789, J.G.S. No. 977, vom 31. December 1818, J.G.S. No. 1531 und vom 2. September 1824, J.G.S. No. 2039, können wohl nicht als in dieser Frage Ausschlag gebend angesehen werden. Das Hofdecret vom 26. Fe-

bruar 1789, J.G.S. No. 977 (Wessely, Handbuch I, S. 625), betreffend die Eintreibung der Vergütungsbeträge, welche die politische Behörde den Unterthanen in Bedrückungsfällen zuerkannte, schliesst wohl die politische Execution aus, wenn die politischen Executionsmittel wegen des eintretenden Rechtes eines Dritten nicht anwendbar sind; allein da ist eben die politische Execution überhaupt ausgeschlossen und die aufgezählten Fälle zeigen, dass an nachträglich hervorgekommene Eigenthumsansprüche eines Dritten dabei nicht gedacht wurde. Das Hofdecret vom 31. December 1818, J.G.S. No. 1531, betreffend die Zulässigkeit des Rechtsweges in Erbsteuerangelegenheiten, könnte auch nur *per analogiam* auf Exscindirungs-Ansprüche bei politischen Executionen Anwendung finden. Das Hofdecret vom 2. September 1824, J.G.S. No. 2039 (Wessely, Sammlung I, S. 489) bezieht sich wohl direct auf die politische Execution von Steuerrückständen, allein es sagt nur, dass die politische Sequestration auf schon im Wege der gerichtlichen Execution gepfändete und sonach bereits ausser der Disposition des Schuldners stehende Fahrnisse sich nicht erstrecke, lässt es aber unentschieden, wo die Abhilfe zu suchen sei, wenn eine solche Ausdehnung dennoch stattgefunden hat. Andererseits hält Referent auch die von der Finanzprocuratur angerufene kaiserliche Verordnung vom 20. April 1854, R.G.B. No. 96, und das im Jahre 1852 vom venetianischen Appellationsgericht bezogene Hofdecret vom 19. Jänner 1784, J.G.S. No. 228,[3]) für die hier streitige Frage nicht zu Gunsten der politischen Competenz entscheidend.

---

[3]) Dieses Hofdecret ist an sämmtliche Appellationsgerichte, über Einvernehmen zwischen den vereinten Hofstellen und der obersten Justizstelle, ergangen und lautet: „Wenn es auf Eintreibung eines Ausstandes einer Landesanlage, oder anderen derlei landesfürstlichen Gefälls ankommt, solle die Sache a) keinerdings in eine gerichtliche Einklagung oder rechtliches Verfahren geleitet, sondern von der Obrigkeit in diesen Fällen auf Anrufen den Beamten die Execution unmittelbar geleistet; b) in den hierbei auffallenden Pfändungen, Feilbietungen, Schätzungen beweglicher oder unbeweglicher Güter, sich in der Art des Benehmens und der Fristen nach Vorschrift der allgemeinen Gerichtsordnung geachtet . . . . . werden. . . .“

Da sich aber jetzt herausgestellt habe, dass die Verwaltungsbehörden auf die politische Competenz zur Entscheidung über Exscindirungs-Ansprüche in den Fällen einer politischen Execution nicht nur keinen Werth legen, sondern sie sogar bestreiten und als ihnen nicht zusagend verwerfen, und da es gewiss am allerwenigsten Sache der Justizbehörden sei, eine Beschränkung des ordentlichen Rechtsweges über das unbestrittene gesetzliche Mass hinaus anzustreben oder festzuhalten, dann in Erwägung, dass es sich in Exscindirungs-Fällen doch allerdings um rein privatrechtliche Ansprüche handle, dass sich auch bei einer politischen Execution die vom Exscindirungs-Werber begehrte Aufhebung oder Beschränkung nur als eine Consequenz seines rein privatrechtlichen Anspruchs darstelle, dass also auch bei politischen Executionen die Exscindirungs-Klage vielmehr als einfache Geltendmachung des privatrechtlichen Anspruchs, denn als Beschwerde gegen eine politische Verfügung behandelt werden könne, dass nach dem Artikel 15 Alinea 1 des Staatsgrundgesetzes vom 21. December 1867, R.G.B. No. 144, auch wenn die Verwaltungsbehörde über die Eigenthumsfrage zwischen dem Exequenten und dem Dritten zu entscheiden hätte, denn doch der Rechtsweg nicht ausgeschlossen wäre, dass aber, wenn einmal der Richter auch in Fällen einer politischen Execution zur Entscheidung über Exscindirungs-Ansprüche dritter Personen berufen gefunden wird, ihm wohl auch das im Hofdecrete vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, normirte Sistirungsrecht zugestanden werden müsse, dass also zur Vermeidung einer weiteren Unsicherheit hinsichtlich beider Punkte durch ein Judicat eine fortan gleichförmige Praxis erzielt werden soll, dass hingegen eine Entscheidung, welches Gericht in den Fällen der Exscindirung aus einer politischen Execution das zuständige sei, entbehrlich erscheine, weil sich in dieser Beziehung mit den allgemeinen Jurisdictionsvorschriften beholfen werden könne, stellt Referent den Antrag, es sei der oben formulirte Satz in das Judicatenbuch aufzunehmen.

Von den für denselben angeführten Argumenten ist m. E. nur ein einziges ernst zu nehmen. Dasselbe lässt sich in fol-

gender Weise präcisiren: Der Exscindirungs-Anspruch ist nichts anderes denn ein Eigenthumsanspruch, also ein Privatrechtsanspruch. Und über Privatrechtsansprüche steht die Cognition ausschliesslich den Gerichten zu. Also kann über den Exscindirungs-Anspruch nur das Gericht erkennen.[4])

Nach meiner Ueberzeugung sind beide Prämissen falsch.

Zunächst ist es nicht richtig, den Exscindirungs-Anspruch als einen Privatrechts-Anspruch anzusehen. Denn derselbe ist nicht auf dem Boden des Privatrechts, sondern des Processes erwachsen. Stellt man sich nur auf den Standpunkt des Privatrechtes, so gelangt man von hier aus niemals zu dem Exscindirungs-Anspruch. Er ist wie jedes andere Rechtsmittel von dem Processrecht geschaffen mit Rücksicht auf die technische Unvollkommenheit der Form, in welcher hier das Postulat, dass die Vermögensexecution nur das der Execution unterworfene Vermögen des Exequendus erfassen dürfe, zur Verwirklichung gelangt. Da sich die politische Execution in den wesentlichsten Punkten der gerichtlichen anschliesst, so ergiebt sich nothwendig eine grosse Aehnlichkeit zwischen den im Zuge einer politischen Execution mit den während der gerichtlichen Zwangsvollstreckung auftauchenden Exscindirungs-Fragen. Nur dass eben diese in den Rahmen des Civil- und jene in den des Administrativ-Processes hineinfallen. Hierdurch wäre es vollkommen gerechtfertigt, wenn die politischen Behörden Exscindirungs-Fragen der letzteren Art nach der Analogie des Hofdecrets vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, behandeln würden.[5])

---

[4]) Selbstverständlich ist hiermit noch nicht erklärt, wie denn das Gericht dazu komme, die politische Execution zu sistiren. Unrichtig und unzureichend ist, was hiefür der oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 26. November 1872 Z. 12041 (Sammlung, Bd. X, No. 4789) beibringt, wo es heisst, „dass dadurch in den Wirkungskreis der Verwaltungsbehörden nicht eingegriffen, sondern nur über ein nach bürgerlichem Rechte zulässiges Schutzmittel zur Vertheidigung des Eigenthums entschieden wird.“

[5]) Nach Massgabe des in Anmerkung 3 angeführten Hofdecretes ist die im Texte vertretene Ansicht eine unmittelbar gesetzliche. Denn wenn sich bei der daselbst erwähnten politischen Execution nach der allgemeinen Gerichtsordnung benommen werden muss, so sind auch Ex-

Aber auch wer an der privatrechtlichen Natur des Exscindirungs-Anspruches festhält, wird mir wenigstens zugeben, dass die zweite Prämisse anfechtbar ist. Ich will nicht in Abrede stellen, dass Privatrechtsverhältnisse principiell zur Competenz der Gerichte gehören. Aber es darf nicht vergessen werden, dass es sich hier primär um die Frage handelt, ob die begonnene politische Execution fortgesetzt oder aufgehoben werden solle und dass die Frage nach dem Bestand des Privatrechtsanspruchs nur als Vorfrage für erstere in Betracht kommt. Und den Rechtssatz, dass politische Behörden privatrechtliche Vorfragen nicht selbst untersuchen dürfen, sondern immer das Urtheil des Gerichtes abwarten müssen, kennt das österreichische Recht nicht. Ausnahmsweise ist freilich, z. B. im Hofkanzleidecret vom 2. November 1827, J.G.S. No. 2316, oder im § 37 des Heimathsgesetzes vom 3. December 1863, R.G.B. No. 105, bestimmt, dass, wenn die Entscheidung über den Adel oder die Gemeindeangehörigkeit von privatrechtlichen Vorfragen, etwa der ehelichen Geburt, abhängt, diese Vorentscheidung dem Gerichte überlassen werden müsse. Allein als Princip wird man hinstellen können, dass die Administrativbehörde berufen ist, sich auch über privatrechtliche Vorfragen für ihr Bereich selbständig eine Meinung zu bilden.[6])

Nicht nur aus der Vorgeschichte des Hofdecrets vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, auch aus dem Texte selbst, und zwar aus der Rubrik, verba: „bei Execution beweglicher Sachen“ und aus § 1, verba: „Execution des beweglichen Vermögens“ geht hervor, dass dasselbe einzig und allein angeblich im Eigenthum des Exequendus befindliche Fahrhabe vor Augen hat.

Nun besteht aber das der Execution unterworfene Vermögen des Exequendus auch noch aus anderen Vermögensstücken, als aus Eigenthum an Mobilien. Zu diesen gehören

---

scindirungs-Fragen nach der allg. Gerichtsordnung, d. h. nach der zu derselben ergangenen Novelle vom 29. Mai 1845 *mutatis mutandis* zu behandeln.

[6]) D. Ullmann, Civilprocessrecht, 2. Aufl. S. 47.

vor Allem Eigenthum an Immobilien, gleichviel ob für dieselben eine Einlage im öffentlichen Buche eröffnet ist oder nicht. Ferner dingliche Rechte an fremden beweglichen oder unbeweglichen Sachen. Endlich aber auch Rechte, die kein derartiges sachliches Substrat haben, wie das Eigenthum und die *jura in re aliena*. So die mit den dinglichen Rechten den absoluten Charakter theilenden Rechte an unkörperlichen Sachen, soweit sie überhaupt der Zwangsvollstreckung unterliegen, und die Forderungen des Exequendus wider Drittschuldner.[7])

Damit sind wir vor die Frage gestellt, ob auch auf Exscindirung solcher in unserem Hofdecrete nicht genannter und darum auch im § 3 daselbst nicht ins Auge gefasster Vermögensbestandtheile in der von demselben vorgezeichneten Form geklagt, und ob — was praktisch von ganz besonderer Bedeutung ist — im Zuge eines solchen Exscindirungs-Processes unter den in dem Hofdecrete statuirten Voraussetzungen die Sistirung der Execution erwirkt werden kann.

Dass dieselbe bezüglich der dinglichen Rechte an fremder Mobilie zu bejahen sei, schien mir nie zweifelhaft. Dagegen war ich in meiner Abhandlung in Grünhut's Zeitsch., Bd. XIII, S. 309 geneigt, sie im Uebrigen platterdings zu verneinen. Ich kam damals zu diesem Ergebniss, weil ich dem § 3 des Hofdecretes eine ganz andere *ratio* zu Grunde legte, als diejenige ist, auf welcher er wirklich beruht. Mein Gedankengang war folgender. Nur in dem Falle, als Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an einer Mobilie in der executiven Feilbietung veräussert wird, ist der dieses Recht für sich in Anspruch nehmende Dritte von einem unwiederbringlichen Verlust bedroht. Denn nur dann ist der redliche Ersteigerer durch den § 367 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches und seine Analogie gegen die Eigenthumsklage des Dritten geschützt. Er erlangt ja durch die Besitzerwerbung auf Grund des Zuschlages in der öffentlichen Mobiliarfeilbietung das Eigenthum an der Mobilie auch dann, wenn es der Exequendus nicht hatte.[8]) Alle

---

[7]) Bekker, System des heutigen Pandektenrechtes, I, S. 63.

[8]) E. des obersten Gerichtshofes vom 9. November 1880, Z. 12910, Sammlung, Bd. XVIII, No. 8174.

anderen nur scheinbar dem Exequendus gehörigen Vermögensstücke werden vom redlichen Ersteigerer nicht erworben, sondern verbleiben trotz der executiven Feilbietung im Vermögen ihres bisherigen Herrn, und dieser kann sie auch jetzt noch für sich in Anspruch nehmen, nur dass er sich nunmehr an den Ersteigerer halten wird. Es sei daher nur bei der Execution in körperliche Mobilien erforderlich, dem Dritten die Möglichkeit zu eröffnen, eine Sistirung der Feilbietung zu erwirken; bei allen übrigen Vermögensstücken nicht.

Inzwischen bin ich von meiner damaligen Meinung abgekommen. Schon das hat mich wankend gemacht, dass in der ganzen Vorgeschichte unseres Hofdecretes an keiner einzigen Stelle dieser angebliche Parallelismus mit dem § 367 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches auch nur berührt wird. Dazu kommen noch zwei weitere Erwägungen, die den Ausschlag geben. Die eine ist eine mehr dogmengeschichtliche, die andere eine dogmatische. Ich habe in dem dogmengeschichtlichen Theile nachgewiesen, dass das österreichische Exscindirungs-Verfahren dem gemeinrechtlichen Modell nachgebildet ist. Im römischen Rechte ist aber von einem Schutz, wie ihn der § 367 des allg. bürgerl. Gesetzbuches dem redlichen Ersteigerer zu Theil werden lässt, keine Rede. Kann nun angenommen werden, dass das österreichische Recht das im gemeinen Recht voraussetzungslos functionirende Institut zu dem Zwecke recipirt habe, um den Dritten gegen den ihm von Seite des genannten Paragraphen drohenden Rechtsverlust zu schützen? Ich stehe jetzt nicht an, hierauf mit nein zu antworten, umsomehr, als die Gesetzgebung kurze Zeit später ihre wahre Intention durch die Stellung des § 447 in den provisorischen Civilprocessordnungen für Ungarn und Siebenbürgen vom Jahre 1852 auf das Unzweideutigste zum Ausdruck kommen liess.[9]) Vom dogmatischen Standpunkt habe ich zu wenig Gewicht gelegt auf die Redlichkeit, welche der § 367 des allg. bürgerlichen Gesetzbuches in der Person des Erwerbers voraussetzt. Damit ist ja dem Dritten, wenn anders er mit gutem

[9]) Vgl. auch den dogmengeschichtlichen Theil, S. 194.

Grunde opponirt, eine Handhabe gegeben, den Rechtsverlust ohne die Umständlichkeiten eines Sistirungsverfahrens zu verhüten: er braucht die Kauflustigen nur über den wahren Sachverhalt aufzuklären, um hierdurch ihren guten Glauben zu erschüttern und die Anwendbarkeit des § 367 des allg. bürgerl. Gesetzbuches auszuschliessen. Hieraus darf wohl der Schluss gezogen werden, dass dem Dritten der § 3 des Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J. G. S. No. 889, keineswegs bei der Mobiliarexecution einen grösseren Vortheil darbietet als sonst. Somit steht Nichts im Wege, unser seinem Wortlaut nach nur auf die Mobiliar-Execution beziehbares Hofdecret darüber hinaus analog anzuwenden.

Den beweglichen Sachen kommen sehr nahe diejenigen unbeweglichen Sachen, für welche eine bücherliche Einlage nicht besteht. Praxis und Theorie sind darüber einig (vgl. die Motive zur Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 1. Juli 1879 Z. 149, J. B. No. 104, Sammlung, Bd. XVII, No. 7529 und v. Canstein, Compendium des Civilprocessrechts, 2. Hälfte, 1885, S. 617), dass die Execution in solche Immobilien in derselben Form durchzuführen ist wie in Mobilien. Mit einigem Recht kann man sich hierfür auf den § 500 Abs. 2 der provisorischen Civilprocessordnung für Ungarn und Siebenbürgen berufen. Nur dass hier noch beigefügt ist, der Executionssucher müsse eine obrigkeitliche oder andere glaubwürdige Bescheinigung dafür beibringen, dass der Exequendus das Gut wirklich besitze.

Von den unverbücherten zu den verbücherten Immobilien ist nur ein kleiner Schritt. Der oberste Gerichtshof hat denn auch in einer ganzen Reihe von Entscheidungen und insbesondere in der Entscheidung vom 30. Juli 1872 Z. 7678 (Sammlung, Bd. X, No. 4671), auf welcher der im Spruch-Repertorium sub No. 13 enthaltene gleichlautende Rechtssatz beruht, erkannt, dass der von der Exscindirung handelnde § 3 des Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J. G. S. No. 889, vermöge der Analogie auch bei Executionsführungen auf unbewegliche Güter anwendbar sei. Der Rechtssatz des Spruchrepertoriums lautet so allgemein, dass er nicht bloss auf nicht verbücherte, sondern

auch auf verbücherte Realitäten zu beziehen ist. Das geht deutlich hervor aus der Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 15. Mai 1878 Z. 5276 (Sammlung, Bd. XVI, No. 6979.[10]) Nur möge bemerkt werden, dass hier von einer analogen Anwendung aller Bestimmungen des Hofdecretes nicht die Rede sein kann. Ich denke hierbei insbesondere an § 1, den man nicht etwa dadurch herübernehmen kann, dass man das Wort Besitz auch auf Tabularbesitz bezieht. Das executive Pfandrecht wird übrigens nur einverleibt, wenn der Exequendus als bücherlicher Vormann im öffentlichen Buche erscheint. Einer Remedur wird es hier wegen des Publicitätsprincips in der Regel nicht bedürfen. Dennoch ist es denkbar, dass im concreten Fall dargethan wird, dass ein auf den Namen des Exequendus verbüchertes Recht nicht Gegenstand der Execution sein dürfe, weil das materielle Recht eines Dritten entgegensteht.

Gleiche Gründe sprechen für die analoge Anwendung auf die Zwangsvollstreckung in Vermögensbestandtheile ohne dinglichen Charakter, d. i. in Forderungs- und sog. immaterielle Rechte. Auf die Argumentation, dass diese Rechte nach dem § 298 des allg. bgl. Gesetzbuches als bewegliche Sachen anzusehen sind und darum unter den Wortlaut des Hofdecretes fallen, soll kein Gewicht gelegt werden. Entscheidend ist vielmehr die Erwägung, dass auch diese Rechte in den Formen der Mobiliar-Execution versilbert werden können. Das gilt kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung (§ 421 W. G. O. und Hofd. v. 27. October 1797, J.G.S., No. 385) von dem Forderungsrecht, muss aber auch für das immaterielle Recht angenommen werden. Gestattet man, dass ein solches Recht, wenn es wie ein Mobile gepfändet wurde, exscindirt werden darf, so muss man dessen Exscindirung auch zugestehen, wenn es in anderer Form der Execution unterworfen

[10]) Andere hierher gehörige Entscheidungen, aus denen wenigstens eine Beschränkung der Analogie auf nicht verbücherte Immobilien nicht gefolgert werden kann, sind E. vom 6. Mai 1862 Z. 2871, Sammlung IV, 1513; vom 30. November 1865 Z. 10020, Sammlung V, 2328; vom 5. Januar 1870 Z. 14943, Sammlung VIII, 3645; vom 19. November 1875 Z. 11418, Sammlung XIII, 5914; vom 10. August 1881 Z. 8594, Sammlung XIX, 8466; vom 4. März 1884 Z. 2288, Sammlung XXII, 9913.

wird. Der oberste Gerichtshof hat denn auch fast durchgehends[11]) an der Ansicht festgehalten, dass in Fällen, in denen der Executionsführer auf eine Forderung, sie sei hypothekarisch sichergestellt oder nicht, aus dem Grunde, weil er sie als dem Exequendus zustehend ansieht, sei es mittelst executiver Pfändung, sei es mittelst executiver Einantwortung greift, in dem in unserem Hofdecrete vorgezeichneten Verfahren dargethan werden kann, dass diese Forderung in Wirklichkeit nicht einen Bestandtheil des der Execution unterworfenen Vermögens des Exequendus bildet, sei es, weil sie niemals in demselben enthalten war, sei es, weil sie aus seinem Vermögen noch vor dem executorischen Angriff ausgeschieden und in das Vermögen eines Anderen übergegangen ist, sei es, weil sie überhaupt wegen Zahlung und dergl. zu bestehen aufgehört hat. Wäre der Sprachgebrauch „Eigenthum an Forderungen“ unbedenklich, so könnte man einfach sagen, weil die Forderung zur Zeit der Saisirung nicht im Eigenthum des Exequendus stand. Vgl. hierüber im Allgemeinen die Entscheidungen vom 16. April 1867 Z. 3043, Sammlung, VI, 2779; vom 13. Januar 1874 Z. 92, Sammlung, XII, 5218; vom 4. Juli 1878 Z. 7104, Sammlung, XIX, 8608; vom 12. Februar 1884, Z. 1006, Sammlung, XXII, 9881; vom 24. Februar 1886, Z. 2127, Sammlung, XXIV, 10952 und vorzüglich die eingehend motivirte Entsch. vom 2. Mai 1888, Z. 4114, Nowak, Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Civilsachen, Bd. III, Materienregister (IV), No. 34 und Sammlung, XXVI, No. 12175. Im Besonderen kommt es nicht selten vor, dass sich der Streit darum dreht, ob die Forderung aus der Versicherungspolice gegen die Assecuranzgesellschaft auf Auszahlung der Versicherungssumme zu dem (der Execution unterworfenen) Vermögen des Exequendus gehöre oder nicht.[12]) Vgl. z. B. E. vom 31. August 1875 Z. 7549, Sammlung, XIII, 5842 und vom 2. October 1884 Z. 8296, Sammlung, XXII, 10190.

Aus dem hier des Näheren Ausgeführten ergiebt sich als

---

[11]) Anders Sammlung, Bd. XXIII, 10706.

[12]) Ueber die materielle Seite der Frage F. Hofmann, Juristische Blätter, 1882, No. 35—37.

Resultat, dass das in dem § 3 des Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, geregelte Exscindirungs-Verfahren allgemein anwendbar ist, ohne Rücksicht auf die juristische Qualität des Vermögensstückes, wider das sich die Zwangsvollstreckung zur Hereinbringung einer Geldforderung richtet.

Es erübrigt noch, die Frage zu beantworten, ob der genannte § 3 nur zur Anwendung kommt, wenn es sich um eine Exscindirung im Zuge einer Execution bis zur Befriedigung handelt, welchen Fall das Hofdecret ausschliesslich im Auge zu haben scheint.

Ich glaube, dass auch in dieser Hinsicht eine weitgehende analoge Ausdehnung geboten ist.

Zunächst betrachte ich es als etwas unbestrittenes, dass auch im Zuge der Execution bis zur Sicherstellung Raum ist für das Exscindirungs-Verfahren. Denn die Execution bis zur Sicherstellung ist ja ihrem technischen Wesen nach von der Execution bis zur Befriedigung nicht verschieden, nur dass jene früher Halt macht als diese, was von Bedeutung wird bei der Frage nach der Sistirung weiterer Executionsschritte.

Aber auch beim Realarrest oder Verbot dürfte dasselbe gelten. Zwar vertritt der oberste Gerichtshof in der Entscheidung vom 18. Januar 1883 Z. 13611, Sammlung, XXI, 9273 die entgegengesetzte Ansicht. Er führt aus, dass der § 3 unseres Hofdecretes nur Klagen zum Gegenstande habe, welche dritte Personen zur Geltendmachung von Rechten auf wirklich in Execution gezogene bewegliche Sachen anbringen wollen, wogegen dort nur ein Verbot vorliege, das zwar ein Sicherstellungsmittel ist, allein als ein Executionsschritt nicht angesehen werden könne, zumal da das Hofdecret vom 5. April 1791, J.G.S. No. 134, festsetzt, dass ein bewilligtes Verbot das Recht eines Executionswerbers, selbst wenn das Executionsgesuch später angebracht worden wäre, nicht beirren kann, somit im Gesetze zwischen Verbot und Execution wohl unterschieden wird. Diese Motivirung schlägt jedoch nicht durch. Aus dem citirten Hofdecrete und dem Hofdecrete vom 4. Juni 1789, J.G.S. No. 1015, lit. h, ergiebt sich nur, dass durch den

Realarrestschlag nach österreichischem Rechte kein Pfandrecht für den Arrestwerber begründet wird. Daraus folgt aber noch nicht, dass die Verbotslegung keine executorische Massregel sei. Zudem ist noch zu erwägen, dass der Rechtssatz, welcher dem Executionsführer ein Pfandrecht gewährt, ebenso positiver Natur ist, wie die z. B. der Civilprocessordnung für das Deutsche Reich fremde Norm, welche dem Verbotsleger das Pfandrecht abspricht. An dieser Stelle komme ich auf das zurück, was ich in meiner Einleitung zu dem dogmengeschichtlichen Theile bemerkt habe. Dort (S. 5, 6) habe ich gegen den in einigen Gegenden Oesterreichs für die Exscindirungs-Klage eingebürgerten Terminus Entpfändungsklage Stellung genommen. Denn aus demselben könnte man deduciren, dass in unserem Falle, in welchem streng genommen von einer Entpfändung nicht gesprochen werden kann, eine Exscindirungs-Klage ausgeschlossen sei, ein Ergebniss, welches den Erfordernissen des Rechtslebens geradezu in's Gesicht schlagen würde.

Ferner ist zu beachten, dass nicht allein im Zuge einer Einzelexecution, sondern auch im Concursprocesse das Bedürfniss nach Exscindirung fremder Vermögensstücke besteht. Und auch hier lässt sich die Analogie unseres Hofdecretes nicht abweisen. An eine Entpfändung können natürlich nur Diejenigen denken, welche das Rechtsverhältniss der Concursgläubiger zu der Concursmasse nach dem Muster des executiven Pfandrechtes construiren. Aber auch wer diese Auffassung nicht theilt, muss zugeben, dass die Situation im Concurse derjenigen, welche unser Hofdecret im Auge hat, sehr nahe kommt. An die Stelle des Executionsführers tritt hier der Concursmasseverwalter, als Vertreter der Gläubigerschaft und was der Dritte in erster Linie begehrt, Freigebung aus der Concursmasse, stimmt genau überein mit dem Petit der Exscindirungs-Klage als solcher. Es ist aber zu beachten, dass in den meisten Fällen, insbesondere da, wo der Dritte den Exscindirungs-Anspruch auf sein Eigenthum an der Sache stützt, ein darüber hinausgehendes Begehren vorliegt, das

Begehren nicht nur um Freigebung und Zurückversetzung der Sache in den *status quo ante*, sondern auch um Herausgabe derselben an ihn, den Dritten. Auch im gewöhnlichen Exscindirungs-Process kann ein solches über die blosse Exscindirung hinausgehendes Petit vorkommen; aber nur, wenn die Klage — und sie ist dann eben nicht blosse Exscindirungs-Klage — nicht nur gegen den Executionssucher, sondern auch gegen den Exequendus als Streitgenossen gerichtet ist. Denn nur der Exequendus ist für diesen materiell-rechtlichen Restitutions-Anspruch passiv legitimirt. Im Concursfall kann aber auch dieser materiell-rechtliche Anspruch ebenfalls nur gegen den Concursmasseverwalter gerichtet werden, da derselbe die Gläubigerschaft so zu sagen nicht bloss in der Executionsführung, sondern in ihrem Rechte, das Vermögen des Cridars im Sinne der Concursordnung in Verwahrung und Verwaltung zu haben vertritt. Daraus ergiebt sich, dass die Rechtslage im Concurse regelmässig nach dem Muster der mit der Eigenthumsklage gegen den Exequendus cumulirten Exscindirungs-Klage zu beurtheilen ist, eine Erkenntniss, zu der man bis zum heutigen Tage nicht gelangte, weil dieselbe durch *die Person* des Concursmasseverwalters verdeckt wird. Demgemäss sind die Rückforderungsansprüche, von denen die §§ 26, 27, 137 und 138 der öst. C.O. sprechen, nicht rein materiellrechtliche sondern zugleich auch auf Freigebung abzielende, also processualische Ansprüche. Das ist nicht bloss von theoretischer sondern auch von praktischer Bedeutung. Denn wollte man die Ansprüche lediglich als materiell-rechtliche ansehen, dann wäre wohl die Analogie unseres Hofdecretes und damit die Möglichkeit ausgeschlossen, im Laufe des Processes die Sistirung der weitern Executionsschritte, insbesondere der Veräusserung der Sache zu erwirken.[13])

Mit der Anfechtung der Execution im Exscindirungs-Verfahren darf aber die Anfechtung derselben im Sinne des Ge-

---

[13]) Mit Recht hat der oberste Gerichtshof die Sistirung auf Grund des § 3 unseres Hofdecretes bewilligt in der E. vom 21. Juni 1879 Z. 340 Sammlung, Bd. XVII, 7292.

setzes vom 16. März 1884, R.G.B. No. 36, nicht verwechselt werden. Bekanntlich enthält der § 12 dieses Gesetzes die Bestimmung, es werde die Anfechtung dadurch nicht ausgeschlossen, dass für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbares Urtheil, ein vollstreckbarer Vergleich oder ein anderer Executionstitel erlangt wurde, oder dass diese Rechtshandlung durch Execution zur Sicherstellung oder zur Befriedigung erfolgt ist.[14]) Es handelt sich hier gewiss nicht um eine Abirrung der Zwangsvollstreckung, um einen Executions-Excess. Und damit ist die Anwendbarkeit unseres Hofdecretes von Vornherein ausgeschlossen.[15]) Doch soll nicht geleugnet werden, dass auch hier das Bedürfniss nach Sistirung mit weiteren Executionsschritten entstehen könne. Nur muss demselben auf einem ganz anderen Wege entsprochen werden. Einen solchen bietet vielleicht das Hofdecret vom 22. Juni 1836, J.G.S. No. 145, dar, welches die *oppositio debitoris* regelt. Eine Analogie zwischen der hier in's Auge gefassten Anfechtungsklage besteht zunächst insofern, als sich der Kläger in beiden Fällen gegen die Execution im Ganzen und nicht gegen die Execution in ein einzelnes Vermögensstück wendet. Dazu kommt noch ein Weiteres. Einigermassen stützt sich auch in unserem Falle die Klage auf ein dem Urtheile oder gerichtlichen Vergleich nachgefolgtes Factum. Dasselbe besteht in der Erklärung des Gläubigers, das Anfechtungsrecht ausüben zu wollen. Sie hat „eine gewisse juristische Bedeutung für die Perfection der Anfechtungsobligation.“ [16])

Schliesslich noch eine Bemerkung. Darüber, dass der Widerspruch gegen die von mir[17]) sog. executorische Surrogat-Tradition

[14]) Vgl. hierüber Krasnopolski, Anfechtungsrecht der Gläubiger, 1889, S. 22, 23.

[15]) Unrichtig in der Begründung E. vom 29. April 1885 Z. 5076, Sammlung XXIII, 5076 und vom 2. Juni 1885 Z. 6400, Sammlung XXIII, 10592.

[16]) Menzel, Anfechtungsrecht, 1886, S. 115, 116.

[17]) Zeitschr. f. deutschen Civilprocess, Bd. XI, S. 164.

sich in die Form des Exscindirungs-Paragraphen nicht kleiden lasse, besteht kein Zweifel. Denn das Hofdecret setzt eine Execution voraus, welche mit der Abpfändung beginnt. Und von ihr ist bei der executiven Surrogat-Tradition nicht die Rede. Zudem richtet sich der Widerspruch dieser Art eigentlich wider beide Urparteien und müsste als solcher doch wohl die Form einer Principalintervention annehmen. Eine solche ist aber dem österreichischen Rechte unbekannt.

---

§ 2.

Die Civilprocessordnung für das Deutsche Reich.

Nach § 690 der deutschen C. P. O. hat der Exscindirungs-Kläger gegen die Zwangsvollstreckung „Widerspruch“ zu erheben und denselben auf die Behauptung zu stützen, „dass ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräusserung hinderndes Recht zustehe.“

Kann es zu einer so gestalteten Klage bei jeder Zwangsvollstreckungsart kommen?

Um die Tragweite dieser Gesetzesstelle bemessen zu können, ist vor Allem erforderlich, festzustellen, was hier unter „Gegenstand der Zwangsvollstreckung“ zu verstehen sei. Die C. P. O. gebraucht den Ausdruck „Zwangsvollstreckung,“ wofür mitunter der einfachere „Vollstreckung“ vorkommt (vgl. z. B. die §§ 647, 650, 652, 659, 671 und 672), in zweierlei Bedeutungen.

Einmal im Sinne der durch Zwangsübung herbeizuführenden Verwirklichung. Hier ist Gegenstand der Zwangsvollstreckung das Urtheil oder ein anderer vollstreckbarer Titel. Mit Bezug hierauf finden sich in der C. P. O. die Wendungen: „Urtheile werden vollstreckt“ (§ 664, 700, 797); „Vollstreckung des Urtheils“ (§§ 651, 671, 797); „das zu vollstreckende Urtheil“ (§§ 671 Abs. 2, 691); „Urtheile werden für vollstreckbar erklärt“ (§§ 644, Abs. 2, 648, 649, 650, 651, 654, 655, 657, 658); „vollstreckbare Ausfertigungen“ (§§ 675, 676, 677, 691, 705). Genau genommen ist übrigens hier der zur Zwangsvollstreckung stehende Leistungsanspruch (§ 697),

die Judicats-Obligatio etc. Gegenstand derselben. In dieser Bedeutung nun ist das Wort Zwangsvollstreckung im § 690 nicht gebraucht.

Dasselbe wird aber in der C.P.O. noch in einem anderen Sinne verwendet, dem der Vollstreckung, Vollziehung staatlichen Zwangs, oder, wie wir mit einem Worte sagen können, der Zwangsübung, des Zwanges. Hier ist der Gegenstand der Zwangsvollstreckung etwas ganz anderes, als der zu realisirende Leistungsanspruch. Und diesen Sinn hat das Wort in unserem Paragraphen. Wer daran zweifelt, braucht nur die Fassungen zu vergleichen, welche er in früheren Entwürfen hatte. So spricht der H. E. (§ 687) von einem „Widerspruch dritter Personen, welcher auf die Behauptung gestützt wird, dass ihnen an einem in Beschlag genommenen Gegenstande ein die Veräusserung desselben hinderndes Recht zustehe . . . .“ Und der Entw. I (§ 605) von dem „Widerspruch eines Dritten . . ., welcher auf die Behauptung gestützt wird, dass ihm an einem gepfändeten oder der Zwangsversteigerung unterworfenen Gegenstande ein die Veräusserung desselben hinderndes Recht zustehe . . .“ Daraus hat erst der Entw. II (§ 627) die in den Entw. III (§ 639) und in das Gesetz übergegangene Formel hergestellt, in der Begründung (S. 537) die Bemerkung einfügend, dass sich „der Widerspruch des Dritten gegen die Zwangsvollstreckung“ wider die Veräusserung eines beim Schuldner gepfändeten oder zu versteigernden Gegenstandes richten könne. Aehnlich wie in unserem § heisst es auch noch im § 771 „Bewegliche Sachen, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind.“

Nicht so unzweifelhaft ist aber, was man sich unter dem Gegenstand der staatlichen Zwangsübung vorzustellen hat. Das ist wohl klar, dass im Allgemeinen als Gegenstand des Zwanges Dasjenige anzusehen ist, worauf die Zwangsthätigkeit übergeht, woran die Zwangsgewalt geübt wird. Aber die Schwierigkeit beginnt erst, wenn man versucht, dieses Object concret zu bestimmen. Es liegt nahe, an die Person des Exequendus zu denken, da doch sein Wille gebeugt werden soll. Allein das

moderne Zwangsvollstreckungsrecht steht zum geringsten Theile auf diesem Standpunkte. Nur in dem Ausnahmsfalle, dass eine nicht vertretbare Handlung des Schuldners erwirkt werden soll, darf compulsiver Zwang wider seine Person geübt werden (Compulsions-Princip). Im Regelfall zeigt der executorische Zwang einen ganz anderen Charakter. Anstatt den Schuldner zu verhalten, die zur Satisfaction der Judicats-Obligatio führenden Handlungen dem materiellen Rechte gemäss selbst vorzunehmen (z. B. Stücke seines Vermögens als Deckung zu bestimmen, zu versilbern, den Kaufschilling einzuziehen und an den Gläubiger auszuzahlen), werden dieselben von einem Anderen an seiner Statt mit der Wirkung vorgenommen, als ob er sie selbst gesetzt hätte. Dieser Andere ist meist der Staat in der Person des Richters oder Gerichtsvollziehers, mitunter auch ein Privatmann. Der gegen den Schuldner geübte Zwang besteht hier lediglich darin, dass sein Wille zur Ohnmacht verdammt und demselben ein anderer Wille surrogirt wird (Surrogations-Princip). Die Person des Exequendus erscheint hier nur mittelbar als Gegenstand des Zwanges, insofern als durch die Surrogat-Handlungen in sein Vermögen eingegriffen wird; unmittelbarer Gegenstand ist das von der Zwangsvollstreckung erfasste Vermögensstück. Letztere Beobachtung drängt sich geradezu auf bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen. Das beweist die in der C.P.O. (8. Buch, 2. Abschnitt) angewendete Terminologie. Die erwähnte Zwangsvollstreckung — man könnte sie vielleicht kurz die versilbernde nennen — zerfällt je nach dem Vermögensstück, dessen sie sich bemächtigt, in eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, speciell in körperliche bewegliche Sachen, Forderungen und andere Vermögensrechte, und in eine Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, speciell in Grundstücke etc. Hiernach kann wohl kein Zweifel bestehen, was sich die C.P.O. bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen als Gegenstand derselben denkt. Er kann immer nur ein Vermögens-Bestandtheil, ein Vermögensstück sein. Dass meistens von einer Execution in körperliche Sachen gesprochen wird, darf nicht irre führen. Das ist eben nur eine abgekürzte Ausdrucksweise für Zwangs-

vollstreckung in das Eigenthum an den körperlichen Sachen, eine Ausdrucksweise, die sich häufig findet bei übersichtlicher Aufzählung der möglichen Bestandtheile eines Vermögens.[1]) Es kann in der That auch nur das Eigenthum an der Sache Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein, und nicht die Sache selbst. Denn an der Sache selbst ist eine Zwangsübung nicht denkbar, wenn wir von der hier gar nicht in Betracht kommenden Vernichtung oder Unbrauchbarmachung absehen. Selbst die Wegschaffung der Sache von einem Orte an den anderen ist keine der Sache selbst angethane Gewalt. Der Gedanke der Zwangsübung stellt sich hier erst ein, wenn man an das Verhältniss denkt, in dem sich die Sache zu irgend einer Person befindet. Letzterer ist Zwang widerfahren, wenn die Sache ihrem Machtkreise entzogen, ihrer Einwirkung entrückt worden ist. Daraus folgt, dass die Sache nicht an und für sich, sondern in ihrer Eigenschaft als Bestandtheil des Vermögens, mithin das rechtliche Band, welches sie in einem bestimmten Vermögen festhält (das Eigenthum, der publicianische Besitz etc.) Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist. Damit sind wir zu dem Ergebniss gelangt, dass bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen als Gegenstand derselben gilt jedes Recht, das da einen Bestandtheil des der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen unterworfenen Vermögens bildet, namentlich das Eigenthum, das dingliche Recht an fremder Sache, die Forderung und das Recht an immateriellen Gütern.

Die C.P.O. regelt aber neben der versilbernden Zwangsvollstreckung auch diejenige zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen des Schuldners (8. Buch, 3. Abschnitt). Hier sind mehrere wesentlich verschiedene Fälle auseinanderzuhalten. Was zunächst die von mir sog. executorische Surrogat-Tradition anbelangt, so könnte es scheinen, dass wenigstens bei ihr Gegenstand des Zwanges die herauszugebende Sache sei. Indessen ist auch diese Auffassung unrichtig. Wie die Tradition des materiellen Rechtes hat auch sie dreifache juristische Bedeu-

[1]) Bekker, E. J., System des heutigen Pandektenrechtes, Bd. I, 1886, S. 139; Gai II, 13, 14. § 1—3 *J. de reb. incorp.* (2, 2); Ulp. 19, 11.

tung. Ist der Beklagte verurtheilt, dem Kläger Eigenthum an der Sache zu bestellen, so hat die executive Surrogat-Tradition den Uebergang des Eigenthums vom Geklagten auf den Kläger zur Folge. Gegenstand der Zwangsvollstreckung, der executorischen Eigenthums-Translation, ist also dieses Eigenthum und nicht die Sache an sich. Ist der Beklagte verurtheilt, dem Kläger, z. B. als Eigenthümer den juristischen Besitz der Sache einzuräumen, so ist dieser, d. h. der Inbegriff der mit der Thatsache des Besitzes verknüpften Rechtsfolgen, Gegenstand der Execution. Und ist der Beklagte, z. B. als Depositar lediglich verurtheilt, dem Kläger als Deponenten die Detention der Sache zu übermachen, so handelt es sich allerdings um eine rein thatsächliche Veränderung. Aber es kann auch hier nicht gesagt werden, dass sich der Zwang gegen die Sache allein kehre, denn er trifft doch das Verhältniss derselben zu der Person des Schuldners.

Ist der Schuldner zu einer anderen Handlung als zur Herausgabe oder Leistung von Sachen verurtheilt und ist die Handlung vertretbar, so geht die Execution schliesslich in eine solche wegen einer Geldforderung über und trifft also der Zwang das Vermögen des Schuldners. Ist die Handlung unvertretbar, oder steht eine Unterlassung oder die Abgabe einer Willenserklärung in Frage, so ist lediglich die Person des Exequendus, bezw. sein Wille Gegenstand der Zwangsübung.

Es ist nun in's Klare gesetzt, was sich die C.P.O. bei den verschiedenen Executionsarten als Gegenstand der Zwangsvollstreckung vorstellt. Auf der gewonnenen Grundlage ist nun die oben aufgeworfene Frage zu beantworten, ob sich der § 690 der deutschen C.P.O. auf alle unter ihnen beziehen lasse. Auffällig ist, dass derselbe von einem Rechte an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung spricht. Da mit Recht an einem Gegenstande nur ein *jus in re*, ein dingliches Recht bezeichnet wird, ein solches aber nur an einer *res corporalis* besteht, so sind manche Schriftsteller geneigt, den Gegenstand in unserem Paragraphen mit körperlicher Sache zu identificiren. Nach dem oben Ausgeführten ergiebt dies indessen eine Absurdität. Denn der § 690 C.P.O. bliebe dann auf den Fall der execu-

tiven Detentions-Tradition beschränkt. So erübrigt nichts anderes, als ihm, wie dies schon oben geschah, auch die *res incorporalis* zu supponiren.[2]) Freilich trifft hiernach die Textirung der Vorwurf sprachlicher Ineleganz. Denn wem würde es einfallen, zu sagen: „Behauptet ein Dritter, dass ihm an der der Zwangsübung unterworfenen *res incorporalis* ein die Veräusserung hinderndes Recht zustehe . . .“ Es wollte eben gesagt werden: „Behauptet ein Dritter, dass ihm ein Recht zustehe, die Veräusserung der der Zwangsübung unterzogenen *res* zu hindern . . .“

Auch auf die Stellung hat man Gewicht gelegt, welche unser Paragraph in dem Systeme des Gesetzes einnimmt. Schon in der hannöverschen Process-Ordnung folgt der Exscindirungs-Paragraph den Bestimmungen über die einzelnen Arten der Zwangsvollstreckung nach. Mit Recht, da er dort zweifellos über das Gebiet der Beitreibung von Geldforderungen hinausgreifen will. Aber auch im H.E., im N.E., in den Ent-

---

[2]) Die Praxis lässt auch allgemein die Exscindirung eines *nomen* zu. E. des Reichsgerichtes v. 8. März 1881, 3. Civilsenat, Entsch. Bd. 4, No. 32; vom 30. Mai 1883, 5. Civils., Gruchot, Beiträge, Bd. 27, S. 1120; vom 17. October 1884, 2. Civilsenat, Entsch. Bd. 12, No. 111 (Seuffert, Arch. Bd. 40, No. 164); vom 10. März 1887, 6. Senat, Seuffert, Arch. Bd. 42, No. 187; des obersten Landesgerichtes für Bayern vom 4. März 1882, Sammlung von Entscheidungen, Bd. 9, No. 168; vom 11. December 1886, Sammlung von Entscheidungen, Bd. 11, No. 215; des Oberlandesgerichtes Köln vom 6. October 1883, Rheinisches Archiv, Bd. 74, II S. 27.

— Vgl. auch E. des Oberappellationsgerichtes Lübeck vom 7. Juli 1875, Seuffert, Arch. Bd. 10, No. 216; des Obertribunals v. 9. Mai 1873, 3. Senat, Entsch. Bd. 69, S. 227–235; des Reichsoberhandelsgerichtes v. 28. Juni 1872, 1. Senat, Entsch. Bd. 7, No. 2; des obersten Landesgerichtes für Bayern vom 19. Juli 1872, Bd. 2, No. 77; vom 26. November 1872, Bd. 3, No. 46; vom 14. Februar 1873, Bd. 3, No. 152; vom 6. December 1875, Bd. 5, No. 285; vom 19. Februar 1878, Bd. 7, No. 237; und vom 27. November 1878, Bd. 9, No. 239.

And. Ansicht Vierhaus, Zeitschr. f. d. C.P., Bd. 5, S. 11.

In der E. des obersten Landesgerichtes für Bayern vom 22. December 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40, No. 298 wird die Exscindirung des Pflichttheilsanspruches (auf Antrag des noch lebenden Erblassers) zugelassen.

würfen I, II, III und im Gesetze (8. Buch, 1. Abschnitt) hat er seinen Platz unter den allgemeinen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung beibehalten. Doch geht man zu weit, wenn man aus dieser Stellung deducirt, dass die Widerspruchs-Klage eines Dritten wider jede in der C.P.O. zugelassene Zwangsvollstreckungsart zulässig sein müsse. Nur so viel wird zuzugeben sein, dass unser Paragraph bei jeder Executionsart anwendbar ist, in deren Verlaufe sich eine solche Lage der Dinge ergeben kann, wie sie dieser Paragraph voraussetzt.

Das ist gewiss der Fall überall da, wo es sich um die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in ein Vermögensstück handelt, welches durch executive Veräusserung an einen Kauflustigen in Geld umgesetzt, versilbert werden soll. Aber auch da, wo das Vermögensstück nicht gerade durch eine derartige Veräusserung, sondern auf andere Art zu Geld gemacht wird, wie z. B. durch Einziehung des geschuldeten Geldbetrages von dem Drittschuldner bei der Forderungs-Ueberweisung. Letzteres lässt sich aus der Vorgeschichte unseres § erweisen, ergiebt sich aber auch aus dem richtig verstandenen Wortlaute des Gesetzes.

Der E. I (§ 605) hatte noch die Fassung: „dass ihm an dem gepfändeten oder der Zwangsversteigerung unterworfenen Gegenstande ein die Veräusserung desselben hinderndes Recht zustehe . . . . ." Hier ist also von gepfändeten, aber der Zwangsversteigerung nicht unterworfenen Gegenständen die Rede. Zu diesen gehören wohl dem Gläubiger zur Einziehung überwiesene *nomina* des Schuldners. Die E. II (§ 627), III (§ 639) und das Gesetz sprechen zwar nur mehr von einem Rechte an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung, allein eine Aenderung nach der hier bezeichneten Richtung war hierbei nicht beabsichtigt, was durch die Begründung (zu E. II, S. 537 und zu E. III, S. 413 *verba*: „wider die Veräusserung eines beim Schuldner gepfändeten oder zu versteigernden Gegenstandes") bezeugt ist. Wollte man eine solche annehmen, so käme man zu dem unbefriedigenden Ergebniss, dass die Exscindirungs-Klage gestattet wäre, wenn die Execution durch Versteigerung (§ 743 C.P.O.) und

nicht, wenn sie durch Einziehung einer und derselben Forderung bewerkstelligt werden soll.

Auch der Wortlaut des § 690 C. P. O. spricht für die hier verfochtene Auffassung. Das Wort Veräusserung in demselben kann ja keinesfalls auf die sich in der executiven Auction oder Subhastation vollziehende Veräusserung bezogen werden. Denn sonst läge eine Tautologie vor. Sondern es ist an die freiwillige Veräusserung durch den Exequendus zu denken: der Dritte, welcher berechtigt wäre, diese zu verhindern, kann gegen die Zwangsvollstreckung Widerspruch erheben, gleichgiltig, ob diese letztere in einer executiven Veräusserung besteht, oder auf irgend welche andere Art durchgeführt wird.

Auch in dem Verfahren zur Vollziehung des dinglichen Arrestes kann es zu einer Exscindirung nach § 690 C. P. O. kommen (§ 808 C.P.O.).[3]) Das ist umso selbstverständlicher, als dieselbe nach deutschem Reichsrecht durch Pfändung (des beweglichen Vermögens) erfolgt, mithin die gleiche Rechtslage schafft, wie die Zwangsvollstreckung im technischen Sinne. Auch hat anlässlich der Berathung zu § 804 (E. III § 749) der Vertreter der Reichsregierung Director v. Amsberg auf eine Anfrage des Abg. Dr. Wolffson ausdrücklich erklärt, der § beziehe sich nur auf den vom Schuldner, nicht aber auf einen von anderen Personen, z. B. vom Drittschuldner erhobenen Widerspruch. Falls eine dritte Person Widerspruch erheben sollte, wäre analog der Bestimmung in § 639 (Gesetz § 690) zu verfahren.[4])

Ueber die Frage, ob der § 690 C.P.O. auch im Zuge einer Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen zur Anwendung komme, ist Folgendes zu bemerken.

---

[3]) E. des obersten Gerichtshofes für Bayern vom 4. März 1882, Sammlung, Bd. 9, No. 168. — Vgl. auch noch E. desselben Gerichtshofes vom 19. Juli 1872, Bd. 2, No. 77; vom 26. November 1872, Bd. 3, No. 46; vom 10. April 1878, Bd. 7, No. 202; vom 19. Februar 1878, Bd. 7, No. 237 und insbesondere vom 6. December 1875, Bd. 5, No. 285. Ferner E. des Oberappellationsgerichtes Lübeck vom 7. Juli 1855, Seuffert Archiv, Bd. 10, No. 216.

[4]) Hahn, Bd. I, S. 872.

Das der Zwangsvollstreckung gewidmete 8. Buch der C.P.O. hat nachstehende Gliederung. Der erste unseren § mitumfassende Abschnitt führt die Ueberschrift „Allgemeine Bestimmungen“ (§§ 644—707). In dem zweiten Abschnitte wird die „Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen“ behandelt, und zwar in dem ersten Titel die „Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen“ (§§ 708—754), in dem zweiten Titel die „Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen“ (§§ 755—757), in dem dritten Titel das „Vertheilungsverfahren“ (§§ 858—768). Die beiden folgenden Abschnitte beschäftigen sich mit den übrigen Vollstreckungsarten (§§ 769—795). Der fünfte Abschnitt ist überschrieben „Arrest und einstweilige Verfügungen“ (§§ 796—822). Der zweite Titel des zweiten Abschnittes enthält aber keine erschöpfende Regelung der „Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen“, sondern nur in den §§ 755 und 756 Bestimmungen über das Vollstreckungsgericht, während der § 757 die Regelung der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Uebrigen der Landesgesetzgebung vorbehält. Das geschah wegen der Verschiedenheiten, welche auf dem mit derselben zusammenhängenden Gebiete des Grundbuchs- und Hypothekenrechtes in den einzelnen Bundesstaaten obwalten. Hätte die C.P.O. in dem zweiten Titel des zweiten Abschnitts die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen selbst geregelt, so würde Niemand zweifeln, dass für dieselbe daneben auch die allgemeinen Bestimmungen des ersten Abschnitts massgebend seien. Ein Zweifel aber entsteht dadurch, dass die Regelung, soweit sie nicht in den §§ 755—757 gegeben wird, der Landesgesetzgebung vorbehalten ist. Es ist fraglich, ob dem Vorbehalte die Tragweite innewohnt, dass die Landesgesetzgebung völlig freie Hand bei der Gestaltung der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen hat, oder ob diese Vorschriften derart zwingend sind, dass die Landesgesetzgebung von ihnen nicht abweichen darf. Die letztere Ansicht, welche im N.E. ausdrücklich ausgesprochen war[5]) und seither nicht aufgegeben

[5]) § 1032 N.E. sagt: „Die Zwangsvollstreckung durch Subhastation bestimmt sich nach den Landesgesetzen. Es kommen jedoch zur Anwen-

worden sein dürfte, ist die richtige. Die allgemeinen Bestimmungen der §§ 644—707 wollen, sofern nicht doch im Einzelnen durch Interpretation eine Abweichung erweislich ist, bei jeder Art der Zwangsvollstreckung, also auch bei der Immobiliarexecution angewendet werden.[6]) Da der § 690 zum mindesten für jede Zwangsvollstreckung zur Hereinbringung einer Geldforderung vermittelst Versilberung eines Vermögensstückes gegeben ist, so muss er auch gelten im Zuge der landesgesetzlich geregelten Immobiliarexecution.[7])

Der Grund, aus welchem die C.P.O. davon absah, diese Materie zu regeln, wird wegfallen, wenn das Deutsche Reich zu einem einheitlichen bürgerlichen Recht gelangt. Deshalb ist in dem Art. 11 des Entwurfes eines Einführungsgesetzes zum bürgerl. Gesetzbuch in Aussicht genommen, unter Beseitigung des erwähnten Vorbehaltes für die Landesgesetzgebung die C.P.O. dahin zu ändern, dass an Stelle der §§ 755—757 ausgesprochen wird: „Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen bestimmt sich nach dem dieselbe betreffenden besonderen Gesetze. Nach diesem besonderen Gesetze bestimmt sich auch, welche Gegenstände in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören.“ Auch die Regelung der Vollziehung des Arrestes in das unbewegliche Vermögen hat das Einführungsgesetz durch eine entsprechende Aenderung des § 811 der C.P.O. dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen zugewiesen.

Mit der Zwangsvollstreckung zur Hereinbringung von Geldforderungen hat eine gewisse Aehnlichkeit das Concursverfahren. Allerdings möchte ich nicht soweit gehen, das letztere geradezu als ein Generalzwangsvollstreckungsverfahren zu

---

dung: 1. Die allgemeinen Bestimmungen dieses Gesetzbuches über Zwangsvollstreckung . . .“

[6]) Wach, Handbuch, Bd. I, S. 200. Hellmann, Commentar zur Subhastationsordnung für das Königreich Bayern, 1887, S. 8.

[7]) Vgl. die §§ 70, 71, 146, 206 des preuss. Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883. Krech und Fischer, Das preuss. Gesetz betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883, Berlin u. Leipzig 1886, S. 173 ff., 401 ff., 617 ff., 717 ff.

Gunsten der Concursforderungen zu bezeichnen.[8]) Allein ein Merkmal haben sie gemeinschaftlich, die Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners ohne Rücksicht auf dessen Willen. Das scheint mir eine genügende Veranlassung zu sein, die Frage aufzuwerfen, wie sich der Executions-Exscindirungs-Anspruch zu dem Aussonderungs-Anspruch im Concurse verhält. Ihre Beantwortung ist von grosser praktischer Bedeutung. Denn gelingt es, die Wesensgleichheit dieser Ansprüche aufzudecken, so ist damit der analogen Uebertragung der einschlägigen concursrechtlichen Vorschriften auf die Execution und umgekehrt der Weg eröffnet. Dass der Exscindirungs-Anspruch und der Aussonderungs-Anspruch verwandte Erscheinungen sind, wird allgemein zugegeben. Dass man sie nicht geradezu identificirt, ist auf die ungenügende Erkenntniss der rechtlichen Stellung des Concursverwalters zurückzuführen. Man muss sich eben gegenwärtig halten, dass der Concursverwalter ein Amtsorgan und die Handlung desselben, durch welche er ein fremdes Vermögensstück in die Concursmasse einbezieht, eine Amtshandlung ist. Bei dieser Auffassung finden sich die Merkmale des Exscindirungs-Anspruches beim Aussonderungs-Anspruch genau wieder; wenngleich der letztere über ersteren, wie oben S. 26, 27 dargethan wurde, hinausgeht. Der hierzu legitimirte Dritte widerspricht in der Form des Civilprocesses einer staatlichen Zwangsmassregel, durch welche ein nicht zu dem Vermögen des Schuldners gehöriges Vermögensstück ergriffen wurde und beantragt, diese Zwangsmassregel aufzuheben. Nur dass die Klage im Concurse nicht gegen den betreibenden Gläubiger, sondern gegen den Concursverwalter zu erheben ist.

Während somit der § 690 auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen allenthalben anwendbar ist, lässt sich ein Gleiches für das Gebiet der Erwirkung der Herausgabe von Sachen und der Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen nicht behaupten. Hier scheiden zunächst

---

[8]) Wach, Handbuch, Bd. I, S. 543; dagegen Oetker, Concursrechtliche Grundbegriffe, Bd. I, S. 15, 16.

alle Fälle aus, bei denen als Gegenstand des Zwanges lediglich die Person des Exequendus, bezw. der Wille desselben erscheint. Das bedarf wohl einer näheren Begründung nicht. Weder der Wortlaut noch der Inhalt unseres Paragraphen passt auf dieselben. Denn wenn es schon schwierig ist, ein die Veräusserung hinderndes Recht an einem Vermögensstück in befriedigender Weise zu construiren, so ist es geradezu unmöglich, sich ein die Veräusserung (wessen?) hinderndes Recht an der Person des Exequendus im Sinne unserer Gesetzesstelle zurecht zu legen. Hierzu stimmt auch die Begründung der Entwürfe. Demnach bleibt für die Betrachtung nur das executorische Traditions-Surrogat mit seinem dreifachen Gehalte als Eigenthums-Besitz- und Detentions-Traditions-Surrogat übrig. Die Situation, in die wir uns da zu versetzen haben, ist folgende. Der intervenirende Dritte behauptet der Eigenthums-Tradition gegenüber, dass nicht der Exequendus, sondern er, der Dritte, Eigenthümer der Sache sei, mithin die Surrogat-Tradition den angestrebten Erfolg nicht herbeiführen könne. Oder er behauptet der Besitz-Tradition gegenüber, nicht der Executionssucher, sondern er, der Dritte, sei Eigenthümer der Sache und dieselbe sei daher nicht dem Ersteren, sondern ihm in Besitz zu geben. Oder endlich er behauptet der Detentions-Tradition gegenüber, er habe vor dem Executionssucher Anspruch auf die Detention der Sache. Schon hier mag bemerkt werden, dass derselbe nur dann reussiren kann, wenn er mit seiner Behauptung gegen beide Parteien des Urprocesses, d. i. sowohl gegen den Executionssucher als auch gegen den Exequendus durchdringt.

Zu der executorischen Surrogat-Tradition haben die Vorarbeiten zur C.P.O. Stellung genommen.

Die hannöversche Processordnung (§ 583 Abs. 1) bezeichnet als Fundament der Exscindirungs-Klage ein Eigenthums- oder ein solches Recht des Dritten an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung, wodurch dessen Veräusserung oder Herausgabe an den Gläubiger unzulässig wird. Der H. E. (§ 687) aber schliesst die Herausgabe aus und spricht nur von einem die Veräusserung des in Beschlag genommenen

Gegenstandes hindernden Recht. Hierzu gab der Referent der hannöverschen Commission in der 228. Sitzung (Protocolle, Bd. XI, S. 4193—4197)[9]) die Erklärung ab, dass unter einem in Beschlag genommenen Gegenstande nur ein abgepfändeter, nicht aber ein solcher, dessen Herausgabe vom Kläger verlangt werde, verstanden werden könne. Der Dritte, welcher der executorischen Surrogat-Tradition opponiren wollte, könnte hier vielleicht den Weg der gegen den Executionssucher und Exequendus zugleich gerichteten Principalinterventions-Klage betreten. Denn diese wird in dem § 57 H.E. zugelassen, so lange der Urstreit „noch nicht völlig erledigt ist" und der in der Executionsinstanz schwebende Process kann in einem gewissen Sinne noch als unerledigt aufgefasst werden.

Auf demselben Standpunkte, wie der H.E., steht meines Erachtens auch der N.E. Das folgt freilich nicht aus der allgemein gehaltenen Formulirung des ersten Absatzes im § 919 N.E., kommt aber wohl in dem Vorbehalt im letzten Absatz daselbst zum Ausdruck, der da lautet: „Die Vorschriften der §§ 96 und 98 bleiben unberührt." Denn der § 96 sagt am Schlusse: „Die Hauptintervention ist auch nach der rechtskräftigen Entscheidung des Hauptprocesses so lange zulässig, als die Entscheidung noch nicht vollstreckt ist."

Seit dem E. I (§ 60) ist die Principalinterventions-Klage nur bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Urstreites zulässig, also eine Principalintervention in der Executionsinstanz nur möglich, wenn die Execution auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten, nicht rechtskräftigen Urtheils begonnen wird. Nichtsdestoweniger hat noch der E. I im § 605 die executive Surrogat-Tradition ausgeschlossen.

Erst der E. II (§ 627) fand es nothwendig, sie mitzuumfassen und ersetzte darum die Wendung des E. I „dass ihm an einem gepfändeten oder der Zwangsversteigerung unterworfenen Gegenstande ein die Veräusserung hinderndes Recht zustehe" durch die Worte: „dass ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräusserung hinderndes Recht

[9]) Vgl. auch Sitzung 732, Prot. Bd. XI, S. 4259 f.

zustehe.“ Dass diese Stylisirung, welche sohin in den Ent. III (§ 639) und in das Gesetz unverändert überging, gerade in der oben erwähnten Tendenz erfolgte, ergiebt sich deutlich aus der Begründung (zu E. II, S. 537, zu E. III, S. 413). Der betreffende Passus mag hier wörtlich eingeschaltet werden:

„Der Widerspruch eines Dritten gegen die Zwangsvollstreckung (sog. Executionsintervention) kann sich wider die Veräusserung eines beim Schuldner gepfändeten oder zu versteigernden Gegenstandes richten. Daneben steht der Fall, dass der Dritte dem Vollzuge des erstrittenen Urtheils selbst widerspricht, indem er die Sache (*species*) für sich in Anspruch nimmt, deren Herausgabe Gegenstand des Hauptprocesses gewesen und nunmehr Object der beginnenden Zwangsvollstreckung (§§ 703 ff.[10])) ist. Die Hauptintervention aus § 61[11]) ist hierbei[12]) ausgeschlossen, sobald das Urtheil des Hauptprocesses die Rechtskraft beschritten hat.“

Es lässt sich nicht leugnen, dass diese Tendenz im Gesetze einen wenn auch nicht gerade glücklichen Ausdruck gefunden hat.

Hiernach soll der Dritte, welcher berechtigt wäre, die Veräusserung der Sache zu hindern, d. h. sie jedem, an den sie durch Veräusserung vom Exequendus gelangen würde, wieder abzujagen, aus diesem Grunde auch befugt sein, sich der executiven Surrogat-Tradition im Wege des § 690 C.P.O. zu widersetzen. Dagegen kann nicht eingewendet werden, dass die Exscindirung bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen von der Opposition des Dritten gegen eine executive Surrogat-Tradition innerlich wesentlich verschieden ist. Denn dieser Unterschied ist auch der Begründung des Entwurfes II und III nicht fremd, wenn er von ihr auch nicht zu der erforderlichen Klarheit emporgehoben wird. Es ist ja ausdrücklich gesagt, dass der Dritte im ersten Falle seine Aufmerksamkeit nur auf den gepfändeten oder zu versteigernden Gegenstand richtet, während er im zweiten Fall dem Vollzug der erstrittenen Ent-

[10]) § 716 ff. E. III und § 769 ff. C.P.O.

[11]) § 61 E. III und § 61 C.P.O.

[12]) Dieses Wort fehlt in der Begründung zu E. III.

scheidung selbst, also nicht bloss dem so gearteten widerspricht. Aber das Eine wird man ungeachtet des klar erkennbaren Gesetzeswillens sagen dürfen, dass im § 690 zwei von einander verschiedene processualische Rechtsinstitute ineinander verschmolzen oder doch wenigstens gleichlaufend geregelt sind. Das ist zunächst die ausschliesslich der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen zuzuweisende Executions-Exscindirung und sohin der Widerspruch gegen eine executive Surrogat-Tradition. Letzterer ist zwar seinem Charakter nach eine wider beide Urparteien zu richtende Principalintervention in der Executionsinstanz, soll aber nicht nach dem Muster der Principalintervention, sondern derjenigen der Executions-Exscindirung behandelt werden.

Im Zuge der administrativen Execution kommt der § 690 C.P.O. als solcher nicht zur Anwendung.[13])

[13]) Begründung zu E. III bei Hahn, Bd. I, S. 424, § 932 N.E. Vgl. auch oben S. 6, 7 Anm. 1.

§ 3.

Die Hauptfragen des internationalen Exscindirungs-Rechtes.

An einem im Inlande auftauchenden Exscindirungs-Streit kann das Ausland insbesondere in der Weise betheiligt sein, dass das der Zwangsvollstreckung im Inlande unterzogene Erkenntniss im Auslande geschöpft wurde. Die Frage, nach welchem Gesetze es zu beurtheilen sei, ob das von dem inländischen Richter saisirte Vermögensstück zu dem Vermögen des Exequendus gehört oder nicht, macht keine Schwierigkeit. Sie ist nach denselben Grundsätzen zu beantworten, welche abgesehen vom Executionsfalle Platz greifen würden. [1])

Dagegen richtet sich die Form, in welcher der Exscindirungs-Anspruch geltend gemacht wird, nach der Zwangsvollstreckungsordnung des Ortes, an welchem die Zwangsvollstreckung vorgenommen wurde (*lex fori*). [2])

Das Gericht an diesem Orte ist aber auch das natürliche Forum für die Exscindirungs-Klage. [3])

Die C.P.O. für das Deutsche Reich entspricht diesem Postulate vollkommen. Denn im Sinne ihres § 690 ist der Exscindirungs-Streit ausschliesslich vor das Gericht gewiesen, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung erfolgt.

---

[1]) Ungenau E. des Reichsoberhandelsgerichtes vom 28. Juni 1872, I. Senat., Entsch. Bd. 7, No. 2.

[2]) Lammasch in v. Holtzendorff's Handbuch des Völkerrechtes, Stück XXI, S. 93.

[3]) v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. Bd. II, S. 451, Anm. 70; S. 494. Vgl. auch § 8 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1869 und dazu Endemann, Die Rechtshülfe im norddeutschen Bunde, S. 45.

Im österreichischen Recht ergeben sich in dieser Richtung Bedenken. Denn der § 72 Abs. 2 J.N. gestattet in Uebereinstimmung mit dem §. 3 des Hofdecretes v. 29. Mai 1845, J. G. S. No. 889, dem Dritten, die Klage nach seiner Wahl entweder bei dem Erkenntnissgerichte oder bei demjenigen Gerichte anzubringen, welches den Executionsact vorgenommen hat. Bleibt dieses Wahlrecht in Kraft, wenn das Erkenntnissgericht ein ausländisches ist? Kann m. a. W. der Dritte in diesem Falle seine Klage auch bei dem ausländischen Gerichte erheben und daselbst die Freigebung des vom inländischen Gerichte saisirten Vermögensstückes erwirken? Und umgekehrt darf bei dem österreichischen Erkenntnissgerichte eine Exscindirungs-Klage angebracht werden, welche sich gegen den im Requisitions-Wege bewirkten ausländischen Vollstreckungsact kehrt?

Selbstredend ist die erste Frage zu verneinen, da die österreichische Competenzordnung sich nicht auf die ausländischen Gerichte erstreckt. Aber auch die zweite Frage ist nicht zu bejahen. Und zwar aus einem Grunde, der auch für die erste gilt. Es ist nicht zulässig, dass ein ausländisches Gericht als Rechtsmittelinstanz eine von einem inländischen getroffene Verfügung beseitigt.[4])

[4]) Vgl. E. des Oberappellationsgerichtes Lübeck vom 9. Juli 1855, Seuffert Archiv, Bd. 10, No. 216.

Das Exscindirungs-Recht im subjectiven Sinne.

1. Juristische Structur des Exscindirungs-Anspruchs.

§ 4.

Die den Exscindirungs-Anspruch bedingende Rechtslage.

Um Einsicht in die juristische Structur des Exscindirungs-Anspruchs zu gewinnen, ist es geboten, ihn in seine Elemente zu zerlegen, jedes derselben isolirt zu untersuchen sowie zu bestimmen, und schliesslich die gewonnenen Einzelergebnisse wieder zusammenzufassen. Diese analytisch-synthetische Methode führt zu einer scharfen Erfassung dieses Begriffes und zu dem Ergebniss, dass der richtig verstandene Exscindirungs-Anspruch die Unterart eines processrechtlichen Begriffes ist, der zwar wissenschaftlich noch nicht feststeht, aber von der Theorie des Processes vielfach gehandhabt wird, und auf den auch unsere dogmengeschichtliche Untersuchung hinweist.

Wie bei jedem Anspruch, so ist auch bei dem Exscindirungs-Anspruch zu fragen, worin die Leistung besteht, die kraft desselben angesprochen wird (§ 5 dieser Arbeit); wer verpflichtet ist, diese Leistung zu machen (§ 6); wer berechtigt ist, sie anzusprechen (§ 7) und in welchem Zeitpunkt der Anspruch entsteht, in welchem er untergeht (§ 8). Vor Allem aber ist der Rechtsboden zu schildern, auf welchem derselbe zur Existenz gelangt. Es wurde bereits oben (§ 1, 2) dargethan, dass er eine im Zuge befindliche, auf Hereinbringung einer Geldforderung gerichtete Vermögens-Execution zur Voraussetzung hat. Auf diese Voraussetzung soll nun näher eingegangen werden.

Der gegen einzelne Bestandtheile des Vermögens des Exequendus gerichtete executorische Zwang ist nach der Natur der Sache kein mechanischer. Denn die Vermögensbestandtheile sind nur geistige Potenzen, denen man auch nur auf geistigem Wege beikommen kann.

Das geschieht durch eine obrigkeitliche Verfügung, in welcher ausdrücklich oder nur stillschweigend erklärt wird, dass dem Exequendus ein ihm zustehendes Recht entzogen und auf einen anderen, sei es den Executionsführer, sei es einen Dritten übertragen wird. Ersteres findet z. B. statt, wenn die dem Exequendus wider einen Drittschuldner zustehende Forderung dem Executionsführer an Zahlungs-Statt überwiesen (§ 736 der deutschen C.P.O.); letzteres, wenn eine Sache des Exequendus dem Meistbietenden überlassen wird.

Eine technische Bezeichnung für diesen Vorgang, der seinen privatrechtlichen Wirkungen nach sich als translative Succession darstellt, existirt m. W. nicht. Vielleicht darf als solche der Terminus „executive Uebereignung“ in Vorschlag gebracht werden, ein Ausdruck, der nicht nur sein Wesen zum Bewusstsein bringt, sondern auch die Verwandtschaft andeutet, welche er mit der Enteignung (Expropriation) hat. Die im Zuge der Execution bewirkte Entziehung von Rechten unterscheidet sich von der Enteignung nur durch den Zweck. Die Enteignung wird nämlich immer im öffentlichen Interesse vorgenommen. Dagegen dient die für die Execution erforderliche Entziehung von Rechten lediglich dem privatrechtlichen Interesse des Executionsführers.

Ein besonderer mechanischer Zwang findet bei der executiven Uebereignung begrifflich nicht statt. Denn die Zustellung der sie aussprechenden Verfügung an die Betheiligten, insbesondere an den Exequendus, dann an den Executionsführer und erforderlichenfalls auch an dritte Personen, z. B. den Drittschuldner bei der Ueberweisung einer Forderung kann nicht als eine specifisch executorische Zwangshandlung wider die Adressaten angesehen werden. Aber diese in der Aussenwelt als executiver Zwang nicht hervortretenden Verfügungen reichen nach positivem Rechte nicht aus bei allen denjenigen

Vermögensbestandtheilen, welche ein unmittelbares körperliches Substrat haben, dem Eigenthum und den dinglichen Rechten an fremder Sache. Der ihnen von Rechtswegen entsprechende Normalzustand ist, dass der Berechtigte die Sache, soweit sein Recht reicht, in seiner Gewalt hat. Hier genügt das reine *sic volo sic jubeo*, die blosse Erklärung der Obrigkeit, dass das Recht nicht mehr dem Exequendus, sondern einem Anderen zustehen solle, nicht; es muss zu dieser Aeusserung des staatlichen Willens noch hinzutreten die Realisirung des demselben entsprechenden thatsächlichen Zustandes, also mechanischer Zwang, durch welchen der Erwerber in dasjenige Machtverhältniss zur Sache versetzt wird, welches das ihm executiv überlassene Recht erfordert. Dieser Zwang stellt sich in seiner einfachsten Gestalt dar da, wo es sich um executive Uebereignung desjenigen dinglichen Rechtes handelt, welches die Sache in ihrer Totalität erfasst, des Eigenthums. Hier wird die bewegliche Sache dem als bisherigen Eigenthümer derselben erscheinenden Exequendus weggenommen und dem executiven Eigenthums-Erwerber ausgehändigt.

Darin, dass bei der ganzen Executionsprocedur diese Veränderung der Lage der Sache augenfällig ist, während sich der innere juristisch wesentlichere Vorgang der ex. Uebereignung der sinnlichen Wahrnehmung leichter entzieht, ist wohl der wichtigste Grund gelegen, warum die Theorie bisher zu einer klaren Auffassung dieser Executionshandlung nicht gelangt ist. Anstatt in der obrigkeitlichen Erklärung der Uebereignung das Wesen und in der Zwangsübung den Vorgang zu erblicken, mit dem sie in das äussere Dasein tritt, ist man von der an der Sache geübten Gewalt ausgegangen, ohne zu bedenken, dass, wo ein körperliches Substrat nicht vorliegt, dieser Ausgangspunkt fehlt.

Neben der äusseren Erscheinung unserer Executionsart standen der richtigen Erkenntniss auch noch zwei andere Umstände im Wege.

Zunächst der, dass im positiven Recht die Perfection der executiven Uebereignung des Eigenthums oder des dinglichen Rechtes an fremder Sache an die Herstellung des derselben

entsprechenden factischen Zustandes durch die executive Surrogat-Tradition geknüpft ist, im Einklang mit den Vorschriften des Privatrechtes über den derivativen Erwerb dieser Rechte. Das ist z. B. im gemeinen und im österreichischen Rechte der Fall bei der executiven Uebereignung von Mobilien an den Ersteigerer, indem der Zuschlag für sich allein den Eigenthumserwerb noch nicht bewirkt[1]; ferner, wo ein Urtheil auf Eigenthumsübertragung vorliegt und dasselbe gegen den widerspänstigen Beklagten durch Wegnahme und Uebergabe der Sache vollstreckt wird.[2]

Und noch mehr der weitere Umstand, dass es Executionsfälle giebt, die für eine Rechtsübereignung in der That keinen Raum bieten. So, wenn im Urtheil erkannt ist, dass dem Kläger das Eigenthum oder ein *jus in re aliena* an der Sache zustehe und der Beklagte ihn in das vom Rechte geheischte thatsächliche Verhältniss zur Sache einzusetzen habe. Da ist die Situation allerdings eine völlig andere. Von einer derivativen Zwangs-Uebereignung des Sachbesitzes wird man hier nur sprechen, wenn man eine Succession in den Besitz annimmt. Sonst nur davon, dass an der Sache soweit Zwang geübt werde, als erforderlich ist, damit der Executionssucher an ihr *corpore et animo* den juristischen Besitz oder nach Umständen die privatrechtliche Detention originär erwerbe.

Die gegen Vermögens-Bestandtheile mit körperlichem Substrat gerichtete mechanische Zwangsübung bewegt sich auf folgenden zwei auch im positiven Recht auseinander gehaltenen Bahnen.

Entweder: der Executor nimmt die Sache dem Exequendus weg und übergiebt sie dem Executionssucher. Hier wird der Executionstitel erkennen lassen, welche privatrechtliche Wirkung die executive Surrogat-Tradition hat, also insbeson-

---

[1]) Dernburg, Pfandrecht, II, S. 253; § 367 i. f. verba „von den redlichen Besitzern" und § 425 des österr. allg. bgl. Gb. Randa, Eigenthumsrecht, S. 336.

[2]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, Bd. 1, 5. Aufl. S. 554, und die §§ 424, 426 des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.

dere, ob sie für den Executionssucher den Erwerb von Eigenthum oder die Begründung juristischen Besitzes oder nur Detention an der executiv tradirten Sache im Gefolge hat. Hierher gehört auch der Fall, dass bei der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung Geld beim Exequendus vorgefunden wird.

Oder: der Executor nimmt die Sache dem Exequendus weg, übergiebt sie aber nicht in Natur dem Executionssucher, sondern macht sie vorerst zu Geld und behändigt ihm sohin den Erlös zur Tilgung seiner Forderung, also zu Eigenthum an den Geldstücken.

Die Analyse der geschilderten executorischen Vorgänge ergiebt folgende Handlungen als Elemente derselben:

Die executorische Handlung, durch welche die Sache des Exequendus ergriffen und ihm entzogen wird.

Die executorische Handlung, durch welche die entzogene Sache in Geld umgesetzt wird.

Die executorische Handlung, durch welche dem Executionssucher die entzogene Sache oder der für dieselbe erzielte Erlös behändigt wird.

Schwierig ist es, die privatrechtliche Potenz dieser drei Handlungen zu bestimmen, d. h. zu ermitteln, welche Wirkungen dieselben auf privatrechtlichem Gebiete haben und welche Gestalt sie, unter dem Gesichtswinkel des Privatrechtes betrachtet, annehmen.

Um die Untersuchung völlig vorurtheilsfrei durchzuführen, wollen wir für die hervorgehobenen Typen jede privatrechtliche Terminologie vermeiden und von executiver Beschlagnahme, von executiver Umsetzung in Geld oder Versilberung, und von executiver Satisfaction sprechen.

Der Zweck der vorliegenden Arbeit erfordert insbesondere die Erörterung der executiven Beschlagnahme Denn sie bildet die Grundlage der Execution, welcher der Exscindirungs-Kläger entgegentritt. Darum soll sie im Folgenden etwas eingehender betrachtet werden, als die executive Versilberung und Satisfaction, deren juristische Natur nur im Grossen und Groben gekennzeichnet werden mag.

Die Bedeutung der executiven Beschlagnahme tritt dann, wenn derselben die executive Satisfaction unmittelbar nachfolgt, nicht selbständig hervor. Wenn also z. B. der Deponent, der mit der *actio depositi directa* durchdrang, mit dem Executor bei dem Depositar erscheint, der Executor dem letzteren die deponirte Sache wegnimmt und sie in einem Zuge dem Deponenten behändigt, so hat man keine Veranlassung, zu fragen, unter welche privatrechtliche Schablone das Rechtsverhältniss falle, in welches der Executor durch die executive Ergreifung der Sache zu derselben in der Zwischenzeit bis zur executiven Satisfaction getreten war. Diese Frage drängt sich erst auf, wenn die Zwischenzeit sich erweitert. Z. B. der Executionssucher ist bei der executiven Ergreifung nicht zugegen und die Obrigkeit muss daher die Sache vorläufig bei sich behalten, bis der Executionssucher deren Ausfolgung erwirkt. Besonders deutlich tritt diese Uebergangsphase, wenn eine Geldforderung durch Versilberung körperlicher Sachen realisirt wird, in die Erscheinung. Nur endet sie hier selbstverständlich damit, dass die Sache einer dritten Person, dem Ersteigerer übergeben wird. Hand in Hand mit der Frage, welches Recht die Obrigkeit an der in Beschlag genommenen Sache erwirbt, geht eine andere — gleichsam die Kehrseite der ersteren — nämlich die, wie sich der Eingriff, welcher durch die Beschlagnahme in die Vermögenssphäre des Exequendus gemacht wird, privatrechtlich auffassen lässt. Wo es sich um Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in andere Sachen des Exequendus als Baargeld handelt, drängt sich noch ein dritte Frage auf, die nämlich, welches Recht der Executionssucher durch die Beschlagnahme an der saisirten Sache erlangt. Da aber die Rechtssysteme, die hier zu Grunde liegen, demselben *in terminis legis* ein Pfandrecht zuschreiben, so modificirt sich die gestellte Frage dahin, wie sich dieses executorische Pfandrecht zu dem Pfandrecht der Privatrechtsordnung verhalte. Nebenher geht die mehr untergeordnete Frage, ob auch bei der executiven Ersatz-Tradition die Sache dieses pfandrechtliche Zwischenstadium durchläuft.

In erster Linie möge die Frage: Wie wirkt die execu-

tive Ergreifung auf das privatrechtliche Verhältniss des Exequendus zur Sache? beantwortet werden.

In zweiter: Welche Rechte erlangt das Vollstreckungsorgan bezw. der Staat an dieser Sache?

Und in dritter: Welchen Inhalt hat das Recht, welches der Executionsführer an derselben erwirbt?

Um eine Grundlage für die Beantwortung zu gewinnen, muss die Form in Betracht gezogen werden, in der sich nach dem gemeinen deutschen und österreichischen und nach dem Rechte der C.P.O. für das Deutsche Reich die executive Beschlagnahme vollzieht. Hierbei ist zu beachten, dass dieselbe zunächst für die Execution wegen Geldforderungen in andere Sachen als Baargeld geschaffen worden ist, aber jedenfalls analog zur Anwendung kommen muss auf die die executorische Surrogat-Tradition von Baargeld einleitende Beschlagnahme.

Was zunächst das gemeine deutsche Recht betrifft, so verlangt dasselbe grundsätzlich nicht nur, dass die der Execution zu unterwerfenden Gegenstände vom Gerichtsdiener genau verzeichnet *(adnotatio)*, sondern auch, dass sie in gerichtliche Verwahrung genommen werden. Von der Verwahrung bei Gericht wird nur abgesehen bei Gegenständen, bei welchen sie nicht gut anwendbar ist, z. B. bei Getreide, Heu, Stroh, Holz und anderen dgl. Sachen, die einen bedeutenden Raum einnehmen, oder deren Fortschaffung schwierig ist. Hier tritt nur eine Verwahrung durch das Gericht ein, indem eine dritte verlässliche Person als Hüter aufgestellt wird Und nur dann, wenn kein begründeter Verdacht einer zu befürchtenden Verschleppung vorliegt, werden die saisirten Sachen unter Androhung nachdrücklicher Strafen für den Fall, dass der Exequendus dennoch unerlaubte Verfügungen über dieselben treffen sollte, diesen selbst zur Aufbewahrung überlassen.[3]) Mithin ist nach gemeinem Rechte die executive Beschlagnahme mit der Adnotation grundsätzlich noch nicht perfect; zu derselben muss noch hinzukommen die oben erwähnte Raumveränderung, und nur, wenn

---

[3]) A. Ch. J. Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses, 3, S. 350, 351 und Anm. 35, 36.

diese schwer ausführbar ist, also innerhalb objectiv bestimmter Schranken, genügt die Bestellung eines Dritten und bezw. des Exequendus selbst als gerichtlichen Hüters.

Das österreichische Recht, wie es sich im Anschluss an die §§ 342 und 343 der allg. und bezw. der §§ 455 und 456 der westgalizischen Gerichtsordnung herausgebildet hat, steht insofern grundsätzlich auf einem anderen Standpunkte, als hier die executive Beschlagnahme schon mit der Adnotation oder wie das Gesetz lautet mit der genauen Beschreibung der zu pfändenden Güter perfect wird. Allerdings sollen auch nach österreichischem Rechte die in Beschlag genommenen Güter auf Gefahr des Executionssuchers einem Dritten in Verwahrung gegeben, oder wenn es kostbare und leicht übertragbare Sachen sind, in gerichtliche Verwahrung gebracht, sonst wenigstens bei dem Exequendus selbst versperrt und die (enge) Sperre durch Aufdrückung des Gerichtssiegels versichert werden; aber immer nur, wenn der Executionssucher diese Transferirung oder enge Sperre beantragt, was völlig seinem freien Ermessen überlassen ist. Zur Perfection der executiven Beschlagnahme sind diese Maassregeln nicht erforderlich und genügt es, wenn die in Beschlag genommenen Sachen dem Exequendus zur Besorgung und zum Gebrauche überlassen bleiben, was in der österreichischen Praxis die überwiegende Regel bildet, zum Schaden des Credits, da dann die geschehene gerichtliche Beschlagnahme äusserlich nicht erkennbar ist.[4])

Im Rechte der deutschen C.P.O. ist gerade der letztere Gesichtspunkt, der der Erkennbarkeit für Jedermann, als der leitende proclamirt. Es bestimmt nämlich der § 712: „Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird dadurch bewirkt, dass der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt. Im Gewahrsam des Schuldners sind die Sachen nur, wenn der Gläubiger einwilligt

---

[4]) Friedländer, Jur. Blätter, 1884, No. 48. Die den Gegensatz zur engen Sperre bildende Jurisdictionssperre, welche durch Aufdrückung des Gerichtssiegels die geschehene Beschlagnahme für Jedermann erkennbar macht, ist nicht allenthalben im Gebrauch und durch das Gesetz nicht geboten.

oder, wenn ein anderes Verfahren mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, zu belassen. In demselben Falle ist die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, dass durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die Pfändung ersichtlich gemacht ist". Diese Bestimmungen finden laut § 713 „entsprechende Anwendung auf die Pfändung von Sachen, welche sich im Gewahrsam des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden".[5])

So viel über die Form, in der sich die executive Beschlagnahme bei der Execution von Geldforderungen in Mobilien mit Ausschluss von baarem Gelde in den von uns betrachteten Rechtssystemen vollzieht. Jetzt treten wir in die Erörterung der ersten sie betreffenden Frage ein, welche Wirkungen die executive Beschlagnahme auf das privatrechtliche Verhältniss des Exequendus zur Sache ausübt. Hierbei ist es unerlässlich, zunächst das thatsächliche Verhältniss des Exequendus zur Sache zu kennzeichnen, welches die executive Beschlagnahme vorfindet. Von dieser Grundlage aus werden sich die Veränderungen desto schärfer abheben, welche die hinzutretende Beschlagnahme hervorruft.

Zu diesem Zwecke wollen wir etwas weiter ausholen.

Jede Executionsordnung muss sich den Grundsatz vor Augen halten, dass nur das Vermögen des Exequendus für die Geldforderung haftet und daher nur zu diesem Vermögen gehörige Vermögensstücke saisirt werden sollen. Die consequente Durchführung dieses Postulates würde erfordern, dass das Organ des staatlichen Zwanges, bevor es das vom Executionssucher bezeichnete Vermögenstück ergreift, die Ueberzeugung von der Zugehörigkeit desselben zu dem Vermögen des Exequendus erlangt habe, ob nun der Executionssucher gehalten ist, sie ihm beizubringen, oder ob sie in einer amtlichen Untersuchung beschafft werden muss. Indessen wird diese Consequenz nur ausnahmsweise eingehalten. Z. B. da, wo sich die Execution richtet wider ein im öffentlichen Buche eingetragenes Immobile. Doch stellt nicht ein amtliches Verfahren

---

[5]) Falkmann, Zeitschr. f. Gerichtsvollzieher, 1891, S. 171 ff., 180 ff.

fest, dass der Exequendus als Eigenthümer des Immobiles im Grundbuch apparirt. Vielmehr liegt dieser Nachweis dem Executionssucher ob, welchen derselbe regelmässig durch Vorlage des Grundbuchsextractes erbringen wird. Wohl aber nimmt das Verfahren einen officiösen[6]) Charakter an, falls im Grundbuch nicht eingetragene Immobilien in Execution gezogen werden. Hier wird an Ort und Stelle unter Zuziehung des Executionssuchers, des Exequendus und etwaiger Auskunftspersonen womöglich das Eigenthumsverhältniss, gewiss aber das Besitzverhältniss im amtlichen Wege festgestellt. Sonst wird von einer solchen vorherigen Feststellung Umgang genommen. Denn sie birgt die Gefahr in sich, dass der Exequendus das Vermögensstück, auf welches der Angriff gerichtet wird, zur Seite schafft und dem Gläubiger entzieht. Um dieses zu verhüten, müsste man — und das ist das andere Extrem — das Vermögensstück auf die blosse Behauptung des Executionssuchers, dass dasselbe zu dem Vermögen des Exequendus gehöre, der Execution unterwerfen. So wird in der That vorgegangen, wenn die Execution in Rechte ohne körperliches Substrat Statt hat.[7]) Ein Mittelweg wird aber eingeschlagen, wenn es sich um Rechte an körperlichen Sachen (Eigenthum, *jura in re aliena*) handelt, an denen Besitz möglich ist. Hier wird der Zwang sofort nur geübt, wenn sich die Sachen in einem solchen räumlichen Verhältniss zu dem Exequendus befinden, dass die Zugehörigkeit dieser Rechte zu seinem Vermögen vermuthet werden darf. Es könnte nun noch in diesem Stadium des Verfahrens vorgeschrieben werden, dass die Zugehörigkeit nachträglich amtlich untersucht oder vom Executionssucher erwiesen werde. Nur müsste mittlerweile mit der Enteignung innegehalten werden. Aber auch davon sieht das positive Recht ab. Es wird vielmehr dem interessirten Dritten überlassen, die Zugehörigkeit in Abrede zu stellen. Hier sind wieder zwei Gestaltungen des Verfahrens

[6]) Entsch. des österr. obst. Gerichtshofes v. 24. Febr. 1880, Z. 2053 Sammlung XVIII, No. 7871. Vgl. auch E. v. 27. März 1877, Z. 3210, Sammlung, XV, No. 6424.

[7]) Unrichtig die Motivirung, Sammlung XII, No. 5218.

denkbar. Zunächst die, dass sich der Widerspruch des Dritten lediglich als ein Impuls darstellt, an den sich eine officiöse Untersuchung der Vermögenszugehörigkeit anschliesst. So sachgemäss diese Gestaltung ist, so hat sie dennoch keinen Anklang gefunden. Sei es darum, weil ein blosser Widerspruch des Dritten nicht genügend erscheint, obige Vermuthung zu erschüttern, sei es, weil im Civilprocesse die das Cognitionsverfahren beherrschende Verhandlungsmaxime auch auf das Zwangsvollstreckungsverfahren herüberwirkt. In der Consequenz obiger Vermuthung und des genannten Processprincips liegt es nun, von dem Dritten den Nachweis der Nicht-Zugehörigkeit in der Form des Civilprocesses zu fordern, welcher nach der ganzen Sachlage zwischen demselben und dem Executionssucher durchzuführen ist. Der Staat sagt gleichsam: „Ich nehme vorläufig den äusseren Schein für die Wahrheit, die Vermuthung für die Wirklichkeit, den Besitz für das Eigenthum, mache mich aber verbindlich, sofort von der Sache abzulassen, wenn Jemand förmlich darthut, dass meine Annahme eine irrige war." Es wird also mit dem Zwangsverfahren auf die blosse *præsumptio hominis* hin, dass es nur Eigenthum des Exequendus erfassen werde, begonnen. Hiernach stellt sich die Execution in körperliche Sachen dar als ein Apparat, der von vornherein in's Ungewisse functionirt. Ein solcher Mechanismus ist aber, selbst wenn dem Executionssucher die Gefahr überbunden wird, unerträglich, falls an demselben nicht eine Regulirung angebracht ist, durch welche, zum mindesten bei Eintritt eines Reibungshindernisses, seine Wirksamkeit auf die richtige Bahn geleitet wird. Diese Regulirung ist eben die Exscindirungs-Klage mit der Sistirungs-Möglichkeit. Aber ihr Anwendungsgebiet beschränkt sich, wie schon oben S. 24 bemerkt wurde, nicht auf die zunächst in's Auge gefassten Fälle. Sie ist vielmehr auch zulässig, wenn nicht ein Recht an einer körperlichen Sache, sondern z. B. ein angeblich dem Exequendus zustehendes *nomen* der Pfändung unterzogen wurde. Nur, dass hier keine Vermuthung für die Zugehörigkeit desselben zu dem Vermögen des Exequendus besteht, und darum die Beweislast in erster Linie den Exscindirungs-Beklagten trifft.

Von welcher Beschaffenheit muss die thatsächliche Situation sein, damit die in derselben befindliche körperliche Sache mit Erfolg der Beschlagnahme unterworfen werden könne? Da die deutsche C.P.O. auf diese Frage präcisen Bescheid giebt, so mögen deren Bestimmungen voranstehen.

Der deutsche Gerichtsvollzieher darf eine Sache nur pfänden bezw. überhaupt in Execution ziehen, wenn sie sich 1) im Gewahrsam des Schuldners oder 2) im Gewahrsam des Gläubigers oder 3) im Gewahrsam eines Dritten, welcher zur Herausgabe derselben bereit ist, befindet (C.P.O. § 712, 713, 772).

Auch der Standpunkt des österreichischen Rechtes ist ein ähnlicher. Nur verordnet der § 1 des oft citirten Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, dass die dem Gläubiger bewilligte Execution des beweglichen Vermögens ... an ... Vermögensstücken zu vollziehen ist, welche bei der Vornahme in dem „Besitz“ des Schuldners angetroffen werden, so dass also, worüber unten noch des Näheren gehandelt werden soll, bei uns „Besitz“ vorausgesetzt wird, während das deutsche Gesetz von „Gewahrsam“ spricht. Und auch für den Fall, als sich die zu pfändenden Gegenstände in Verwahrung eines Dritten („eines anderen Gerichtes, einer öffentlichen Behörde, in Händen eines Dritten“) befinden, enthält der § 4 des cit. Hofdecretes Bestimmungen, aus denen zur Genüge erhellt, dass der dritte „Besitzer“ sich zwar weigern darf, die Execution zuzulassen, dass sie aber gehörig vollstreckt werden kann, wenn er einwilligt. Endlich gilt es in unserer Praxis als etwas Selbstverständliches, dass sich die Execution auch gegen angeblich dem Schuldner gehörige Sachen richten kann, welche sich im Gewahrsam des Gläubigers befinden.

Die Zugehörigkeit einer Sache zu dem Vermögen des Exequendus anzunehmen, ist also das Executions-Organ berechtigt und verpflichtet, wenn eine der folgenden 3 Voraussetzungen vorhanden ist:

1. Die Sache befindet sich im Gewahrsam des Exequendus. Sein Gewahrsam begründet die Vermuthung für sein Eigenthum.

2. Die Sache befindet sich im Gewahrsam eines Dritten

und dieser ist bereit, die Execution in diese Sache auf den Namen des Exequendus zuzulassen, bezw. die Sache dem Vollstreckungsorgan herauszugeben. Hier begründet diese Bereitwilligkeit des Dritten die Vermuthung für das Eigenthum des Exequendus.

3. Die Sache befindet sich im Gewahrsam des Gläubigers. Indem dieser selbst deren Beschlagnahme auf den Namen des Exequendus beantragt, legt er gleichsam ein Zeugniss für das Eigenthum des Exequendus an der Sache ab.

Allen diesen Thatbeständen ist gemeinsam, dass sie eine Vermuthung für das Eigenthum des Exequendus begründen, die so lange vorhält, als sie nicht förmlich entkräftet ist.

In jedem derselben kehrt ein und dasselbe Moment wieder, das des Gewahrsams. Es ist darum unerlässlich, diesem Momente und bezw. dem, was in der österreichischen Gesetzgebung an seiner Stelle steht, nämlich der „Verwahrung", dem „Besitz" in diesem Zusammenhang näher zu treten. Hierbei wollen wir aber vom österr. Rechte ausgehen, weil sich von hier aus leichter darlegen lässt, dass die beiden Processrechte in diesem Punkte nicht divergiren. Schon früher wurde angedeutet, dass der Ausdruck „Besitz" im § 1 des Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, keineswegs die technische Bedeutung von *possessio*[8]), auch nicht diejenige von *detentio (alieno nomine)* haben könne. Der Grund liegt darin, dass beide Begriffe ein bestimmtes psychisches Verhalten des Besitzers voraussetzen, und zwar die *possessio* den *animus rem sibi* und die *detentio* im technischen Sinne den *animus rem alieno nomine habendi.*[9]) Es ist nun nicht anzunehmen, das Gesetz habe dem Gerichtsdiener eine Prüfung des inneren Zustandes des Exequendus zugemuthet. Zu einer solchen wäre er gar nicht fähig; auch gewährt die ganze An-

---

[8]) Vgl. aber E. des obersten Gerichtshofes v. 16. Nov. 1864, Z. 8770, Sammlung IV, No. 2013.

[9]) Nach richtiger Auffassung hat diejenige Innehabung keine privatrechtlich-technische Bedeutung, bei welcher ein auf dieselbe gerichteter Wille des Detinenten fehlt. Anderer Meinung Randa, Besitz, 3. Aufl. S. 11.

lage der Execution keinen Raum für dieselbe. Dem steht keinerdings entgegen, dass der Schlusspassus des cit. Paragraphen den Gerichtsdiener anweist, er möge, falls er zweifelt, ob er den Exequendus oder einen Dritten, welcher sich der Execution widersetzt als „Besitzer“ anzusehen habe, seine Zweifel dem Gerichte anzeigen, damit ihm dieses unverzüglich die den Umständen angemessene Belehrung zu seinem Benehmen ertheile. Denn auch der Richter wird kaum in der Lage sein, auf Grund der Relation des Amtsdieners, die ja doch nur den Eindruck schildern kann, den eine augenblickliche Anschauung der Situation[10]) bei ihm zurückliess, über diese Frage verlässlich entscheiden zu können.[11]) Zudem ist zu beachten, dass der § 4 des cit. Hofdecretes bezüglich des zweiten Falles nicht von „Besitz“, sondern von „Verwahrung“ (eines anderen Gerichtes, einer öffentlichen Behörde) und davon spricht, dass sich die Sachen in Händen eines Dritten befinden, daneben aber den Dritten schlechthin Besitzer nennt. Daraus ist zu entnehmen, dass das Hofdecret, §§ 1 und 4, den Ausdruck „Besitz“ = in Händen haben, in äusserlich erkennbarer Weise zur thatsächlichen Verfügung bereit stehen haben, nimmt, also darunter einen Besitz versteht, bei welchem das Bewusstsein und somit auch jeder Wille des Besitzers fehlen kann. Und in diesem Sinne dürfte er dem Ausdruck „Gewahrsam“ des deutschen Reichsrechts ziemlich gleichkommen. Denn auch dieser Begriff lässt sich nur unter dem Gesichtspunkte der äusseren Erscheinungsform der rechtlichen Zugehörigkeit der Sache zum schuldnerischen Vermögen erfassen. Darnach ist der Gewahrsam des deutschen Gesetzes so wenig als der eben charakterisirte Besitz des österr. Rechts ein Rechtsbegriff, sondern eine factische Beziehung, welche, abgesehen von der Passiv-

---

[10]) Bleibt die „Besitz“frage zweifelhaft, so kann die Pfändung nicht Platz greifen. E. v. 10. April 1885, Z. 4163, Spruchpraxis, Bd. 3, S. 102.

[11]) Selbstverständlich sind alle alsbald erkennbaren Momente mit zu beachten. Sammlung, III, 1160; IV, 1601; V, 2522; XV, 6641; XX, 9124; XXII, 9846 u. 10296; E. v. 26. März 1885 Z. 3054, Spruchpraxis, Bd. 3, S. 40. Nicht im Grundbuch eingetragene Immobilie: E. v. 28. Febr. 1871 Z. 1162, XVI, No. 6858.

Legitimation zur Eigenthums-Klage *(qui tenet et habet restituendi facultatem)*, eine rechtliche Bedeutung nicht hat, sondern nur mittelbar für andere rechtliche Verhältnisse ein Interesse gewinnt. Er setzt voraus, dass man zu der Sache in ein solches zuständliches, insbesondere räumliches Verhältniss getreten sei, dass man in der Lage ist, ausschliesslich über dieselbe zu verfügen. Das trifft zu bei allen Sachen, die eine Person an sich trägt und die sich in der Wohnung, dem Geschäftslocal, dem Magazine u. s. w., überhaupt in allen denjenigen Räumen befinden, welche von dieser Person beherrscht werden. Ein auf Beherrschung der Sachen selbst gerichteter Wille wird wohl vom Standpunkte des Civil-[12]) als auch jenem des Strafrechtes[13]) für den Gewahrsam-Begriff gefordert; im Executionsrecht muss aber m. E. von diesem Requisite abgesehen werden; der Gewahrsam im Executionsrecht ist ein rein äusserliches, für Jedermann auf den ersten Blick erkennbares, zuständliches bezw. räumliches Verhältniss der Sache zum Exequendus.[14]) Darauf kommt es nicht an, aus welchem Rechtsgrunde der Exequendus den fraglichen Raum beherrscht. Er kann Eigenthümer des Hauses sein, das er selbst bewohnt, aber auch nur Wohnungsmiether; ja es kann ihm, z. B. als Dienstboten vielleicht nur ein bestimmter Schrank oder ein bestimmtes Behältniss zur freien Benutzung eingeräumt sein. Schwierigkeiten macht der Fall, wenn ein und derselbe Raum nicht von einer, sondern von mehreren Personen nebeneinander beherrscht wird und die Herrschaftsgrenzen nicht so augenfällig sind, wie oben bezüglich des Dienstboten. So z. B. bei Eheleuten, Eltern und Kindern, dem Wirth und seinen Gästen, überhaupt bei Personen, welche an einem gemeinschaftlichen Haushalte Theil nehmen oder wenigstens zusammen wohnen. Abstracte Regeln darüber, welche Sachen im einzelnen Falle

---

[12]) Voss, Gruchot's Beiträge, Bd. 23, S. 256.

[13]) Hälschner, gemeines deutsches Strafrecht, Bd. 2, S. 284.

[14]) So auch Voss, Gruchot's Beiträge, Bd. 23, S. 256, u. Arch. f. civ. P. Bd. 66, S. 175; Nessel, Gruchot's Beiträge, Bd. 28, S. 105; anders Olshausen, Einsprüche, S. 31 ff.; Cretschmar, Archiv. f. civ. P., Bd. 64, S. 319 ff.; Falkmann, Zeitschr. f. Gerichtsvollzieher, 1889, S. 176.

der ausschliesslichen Verfügungsgewalt des Exequendus unterworfen seien und welche nicht, lassen sich m. E. nicht aufstellen.[15]) Das hängt eben von den verschiedenen Umständen des concreten Falles ab und muss unter sorgfältiger Erwägung derselben vom Gerichtsvollzieher ermessen werden. Doch ist festzuhalten, dass derselbe nicht verpflichtet ist, genaue Nachforschungen zu halten, sondern im Zweifel alle im fraglichen Raum befindlichen Gegenstände in Execution zu ziehen hat, welche nicht augenscheinlich im Gewahrsam eines Dritten sich befinden. Dass sich hierbei Meinungsdifferenzen zwischen dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher oder zwischen dem Schuldner und dem Gerichtsvollzieher oder endlich zwischen dem Dritten und dem Gerichtsvollzieher ergeben können, liegt nahe. Nach österreichischem Rechte, wo der Gerichtsvollzieher Abgeordneter des Gerichtes ist und nicht im eigenen, sondern im Namen des Gerichtes handelt, kann derselbe nach § 1 i. f. des cit. Hofdecretes seine Zweifel unter der gehörigen Vorsicht, dass die Amtshandlung nicht vereitelt werde, dem Gerichte anzeigen, damit dieses ihm unverzüglich die den Umständen angemessene Belehrung ertheile. Dieser Weg ist dem Gerichtsvollzieher der deutschen C.P.O. verschlossen, da dieser als selbständiges Executionsorgan, unabhängig von einem gerichtlichen Auftrage, handelt. Ihm erübrigt nichts Anderes, als sich über solche Zweifelsfragen selbst schlüssig zu werden und sohin die Amtshandlung zu perficiren. Dass dem Gläubiger, dem Schuldner und dem Dritten nach der deutschen C.P.O. der Weg des § 685 offen steht, kraft dessen sie ihre Anträge, Einwendungen und Erinnerungen dem Vollstreckungsgericht unterbreiten können, ist Nichts dem deutschen Processe Eigenthümliches, sondern auch, *mutatis mutandis*, im österreichischen Rechte zulässig. Dazu kommt aber in Oesterreich noch, dass das Gericht das über

[15]) Olshausen, Einsprüche S. 30—46, und Voss, Gruchot's Beiträge, Bd. 23, S. 255—259 geben, Jeder von seinem Standpunkt, auch nur Casuistisches. Dass mehrere Personen in der Weise, wie Cretschmar, Arch. Bd. 64, S. 320 ff. ausführt, den Gewahrsam im Sinne des Executionsrechtes an derselben Sache haben, scheint mir zweifelhaft zu sein.

die Execution aufgenommene, demselben vom Gerichtsvollzieher vorgelegte Protocoll prüfen und, wenn sich aus demselben eine Formwidrigkeit ergiebt, dieselbe durch den Executor beheben lassen muss, bevor es dasselbe genehmigt. Der genehmigende Bescheid ist sohin mittelst Recurses anfechtbar.

So viel über das den oben angegebenen drei Thatbeständen gemeinschaftliche Element des „Gewahrsams“. Die Thatsache also, dass eine Sache sich im Gewahrsam des Exequendus befindet, berechtigt und verpflichtet das Executionsorgan, dieselbe bis auf Weiteres als dessen Eigenthum zu behandeln. Consequent begründet aber auch die Thatsache, dass sich eine Sache im Gewahrsam eines Dritten oder des Executionssuchers befindet, die Annahme des Eigenthums dieser Personen. Allein diese Annahme wird entkräftet, wenn der Dritte sich bereit erklärt, die Sache auf den Namen des Exequendus herauszugeben, indem dieses sein Verhalten vielmehr eine Vermuthung für das Eigenthum des Exequendus beschafft; sie wird ferner entkräftet, wenn der Executionssucher auf die bei ihm befindlichen Sachen auf den Namen des Exequendus Execution führt, indem auch hierin ein Zeugniss des Ersteren für das Eigenthum des Letzteren gefunden werden muss.

Wenn sich die zu pfändende Sache in Händen eines Dritten befindet, so ist nach dem Wortlaut des § 4 unseres Hofdecretes zu unterscheiden, ob sich der Dritte weigert, die Execution zuzulassen oder ob dies nicht geschieht. Im letzten Falle ist die Execution vorzunehmen, im ersten nicht. Schwierigkeiten macht nur die Beantwortung der Frage, wann der zweite Fall eintritt. Das Gesetz meint, wenn sich der Dritte nicht weigert. Also jedenfalls, wenn er sich mit der Pfändung einverstanden erklärt. Vgl. § 713 der deutschen C.P.O. Ob auch, wenn er sich ganz und gar nicht erklärt, z. B. abwesend ist? Der österr. oberste Gerichtshof hat in dem E. v. 16. September 1863, Sammlung IV, 1800 ausgesprochen, dass „die Pfändung ... bei einem Dritten befindlicher Effecten durch die Abwesenheit des Letzteren nicht aufgehalten werden könne ...“[16]) Und es

[16]) Vgl. jedoch E. v. 4. August 1863, Z. 5534, Sammlung, IV, No. 1766, wo übrigens Zeile 2 von unten statt A zu lesen ist B.

muss zugestanden werden, dass der Text des Hofdecretes dem obersten Gerichtshof eine Stütze gewährt. Allein ich halte diese Auffassung dennoch für unrichtig. Der Sinn der gesetzlichen Bestimmung ist doch der, dass in den Besitz des Dritten, soweit er auch sonst geschützt wird, da gegen ihn der staatliche Zwangsapparat nicht gerichtet ist, ohne dessen Zustimmung nicht eingegriffen werden dürfe. Seine Rechtssphäre muss unangetastet bleiben, wenn er in den Eingriff nicht einwilligt. Daraus folgt natürlich nicht, dass eine ausdrückliche Zustimmungserklärung vorliegen müsse, aber es soll doch die Annahme, er verweigere die Vornahme nicht, begründet sein. Denn nur dann liegt ein Indiz dafür vor, dass der Exequendus Eigenthümer sei, von gleichem Werthe, wie sonst die Thatsache, dass Exequendus besitzt.

Dem sich weigernden Dritten soll nach dem citirten § 4 unseres Hofdecretes nichtsdestoweniger der Pfändungsbescheid zugestellt werden und er von der Zeit dieser Zustellung dem Executionsführer, der ihn jedoch im Rechtswege belangen muss, für das erweisliche Eigenthum des Exequendus verantwortlich sein. An letztere Bestimmung knüpft sich eine wichtige Zweifelsfrage. Sie betrifft die Natur der von dem Executionssucher gegen den Dritten anzustellenden Klage. Es lassen sich über dieselbe drei Meinungen aufstellen.

In dem Rechtsfalle der Sammlung, XXII, No. 10152 wurde die Klage als ein rein processualisches Gebilde aufgefasst, deren Petit schlankweg darauf abzielt, den Widerstand des Dritten zu brechen. Er soll verurtheilt werden, die Sache des Exequendus zum Vollzuge der dem Executionssucher bewilligten Pfändung dem mit der Execution beauftragten Gerichtsdiener herauszugeben.[17]) Mit Recht ist der oberste Gerichtshof in seinem E. vom 11. September 1884, Z. 8187 dieser Auffassung entgegengetreten, weil sie in dem Wortlaut des Gesetzes keine Stütze findet.

---

[17]) In Sammlung V, No. 2617 geht die Klage auf Gestattung der executiven Feilbietung. Daselbst wird die Frage nach dem Gerichtsstand für die Klage des § 4 unseres Hofdecretes aufgeworfen, welche sich m. E. nach den allgemeinen Zuständigkeitsregeln richtet.

Eine andere, der geschichtlichen Entwickelung entsprechende, Ansicht wäre folgende. Dem Executionssucher, dem es versagt ist, unmittelbar auf die Sache zu greifen, bleibt nichts anderes übrig, als auf den Eigenthumsanspruch des Exequendus wider den Dritten die Hand zu legen. Das ist in der Weise möglich, dass er den Eigenthumsanspruch wie eine Forderung executiv pfänden und feilbieten lässt, um sich aus dem Erlöse zu befriedigen. An diesen Ausweg, der gewiss zulässig ist, kann aber das Gesetz nicht gedacht haben, da daselbst ausdrücklich von einer Belangung im Rechtswege, also von einer Klage die Sprache ist. Man könnte auch noch daran denken, dass sich der Executionssucher den Anspruch einantworten lässt. Da ist aber zu bemerken, dass das österreichische Recht eine Einantwortung von Forderungen, die der Exequendus „wegen eines Darlehns, hinterlegten Geldes oder aus einer anderen Ursache an einen Privaten zu stellen hat“ (§§ 314 A. 415 W.G.O.) bloss zur Einziehung nicht kennt. Es ist also undenkbar, dass der Executionssucher den dem Exequendus zustehenden Eigenthumsanspruch zahlungshalber gegen den Dritten einklage und denselben so zur Herausgabe der Sache nöthige, um sie sohin executiv pfänden zu lassen. Dagegen ist es zulässig, dass sich der Executionssucher den Privatanspruch an Zahlungsstatt einantworten lasse, vorausgesetzt, dass derselbe mit der Judicatsobligation gleichartig ist (§§ 314 A. 415 W. G.O.). Indessen ist es sehr fraglich, ob die Klage, an welche der § 4 unseres Hofdecretes denkt, wirklich diejenige ist, welche der Executionssucher aus dem ihm executiv an Zahlungsstatt eingeantworteten Eigenthumsanspruch gegen den Dritten anstellt. Gewichtige Gründe sprechen dagegen. So die Fassung des Paragraphen, der ganz allgemein lautet und eine solche Klage in allen Fällen zuzulassen scheint, nicht nur bei vorausgegangener Einantwortung an Zahlungsstatt. Und ferner die Thatsache, dass der Normalfall, den unser ganzes Hofdecret im Auge hat, nämlich Befriedigung einer auf Geld gerichteten Forderung aus Sachen, die nicht Geld sind, die Einantwortung an Zahlungsstatt wegen mangelnder Gleichartigkeit des Anspruches und der Judicatsobligation ausschliesst, was zu dem absurden Re-

sultat führen würde, dass der § 4 gerade im Normalfall inhaltsleer wäre.

So bleibt nichts anderes übrig, als von dem Wortlaut ausgehend unserer Klage einen selbständigen aber auf alle Fälle passenden Inhalt zu geben. Das Gesetz sagt, dass der Dritte vom Zeitpunkt der Zustellung dem Executionssucher für das erweisliche Eigenthum des Exequendus verantwortlich ist. Das kann doch nur heissen, dass er für die Judicatsobligation insoweit aufzukommen habe, als der Werth der von ihm zurückgehaltenen Sachen des Exequendus reicht; gleichgiltig, ob er im guten oder bösen Glauben die Vornahme der Pfändung verweigert hat, aber auch gleichgiltig, ob sich der Executionssucher an andere Sachen des Exequendus halten kann oder nicht.

In der Praxis herrscht darüber Streit, ob, wenn die executive Pfändung bei dem Dritten unter dessen Zustimmung vorgenommen worden ist, auch die folgenden Executionsschritte bei demselben vorgenommen werden dürfen, wenngleich er jetzt seine Zustimmung verweigert. Da der § 4 unseres Hofdecretes nur von zu pfändenden Gegenständen handelt, so hat der oberste Gerichtshof am 5. October 1875 Z. 10883, Sammlung, XIII, No. 5874 erkannt, dass der Dritte die Vornahme der executiven Feilbietung der bei ihm executiv gepfändeten Gegenstände nicht verhindern könne. Ich halte diese Ansicht für unrichtig und möchte mich lieber zu derjenigen verstehen, welche den Entscheidungen vom 13. Juni 1882 Z. 6640 und vom 28. October 1884 Z. 12209, Sammlung, XX, No. 9015 und XXII, No. 10231 zu Grunde liegt. Der § 4 des Hofdecretes muss extensiv interpretirt werden. Denn der § 1 desselben stellt unstreitig das Princip auf, dass die dem Kläger bewilligte Execution ohne Unterschied ob Pfändung, Schätzung, Transferirung, Sperre, Feilbietung u. s. w. nur an der im Besitze des Schuldners angetroffenen Fahrniss vollzogen werden darf, so dass sinngemäss, was im § 4 des citirten Gesetzes der Kürze des Ausdrucks halber nur von den zu „pfändenden“ Gegenständen gesagt wird, auch von den zu schätzenden, zu transferirenden etc. Gegenständen gilt. Hiermit erledigt sich auch die weitere Frage, ob eine bei dem Exequendus gepfändete, sich gegenwärtig jedoch im Besitz eines

Dritten befindende Sache trotz Widerspruchs des Letzteren executiv geschätzt und feilgeboten werden dürfe. Der oberste Gerichtshof hat sie mit Recht verneint in den Entscheidungen vom 31. Mai 1876, Z. 6549, Sammlung, XIV, No. 6166 und vom 30. August 1887, Z. 9941, Sammlung, XXV, 11726. Die entgegengesetzte Auffassung liegt der E. vom 20. April 1880, Z. 4439, Sammlung, XIX, No. 8742 zu Grunde. Aber die hier herangezogene Analogie der §§ 6, 7 der Ministerialverordnung vom 19. September 1860, R.G.B., No. 212, passt nicht.

Nachdem wir im Vorstehenden die Sachlage gekennzeichnet haben, welche die executive Ergreifung einer Sache vorfinden muss, gehen wir daran, die Wirkungen zu schildern, welche dieselbe in der Privatrechtssphäre des Exequendus hervorbringt, sehen aber vorläufig davon ab, dass unsere positiven Rechtssysteme bei der Execution wegen Geldforderungen in andere Sachen als Baargeld auf die Sache ein Pfandrecht zu Gunsten des Executionssuchers legen.

Was in der executiven Ergreifung der Sache durch die Obrigkeit zum Ausdruck kommt, ist nichts mehr und nichts weniger, als ihr Wille, dass sie, um mit Dernburg[18]) zu reden, die gepfändete Sache zur Befriedigung des Anspruchs des Executionsführers vorzugsweise bestimme und dass sie keine weitere Veränderung ihrer Rechtsstellung, wodurch sie der Execution entzogen werden könnte, anerkennen werde. Das gilt gleichmässig von der executorischen Surrogat-Tradition und von der Abpfändung.

Gleich Null sind die Wirkungen in dem nur nach gemeinem und österreichischem Rechte möglichen, in dem letzteren sogar häufig vorkommenden Falle, dass die adnotirten Mobilien, ohne dass die geschehene Beschlagnahme an denselben irgendwie ersichtlich gemacht worden wäre, in dem Gewahrsam des Exequendus belassen wurden. Hier verbleibt es beim *status quo ante*, rechtlich und thatsächlich. Nach dem Rechte der Civilprocessordnung ist dies gar nicht denkbar. Denn wenn hier die

[18]) Pfandrecht, I., S. 419.

Sachen in dem Gewahrsam des Exequendus belassen werden, muss durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die geschehene Beschlagnahme ersichtlich gemacht werden. Aber auch unter diesen Umständen ist privatrechtlich eine Veränderung in der Situation der Sache nicht vor sich gegangen. Insbesondere ist dem Exequendus der Besitz oder die Detention nicht entzogen worden. Es bleibt auch hier Alles im Alten; man kann nach richtiger Ansicht nicht einmal sagen, dass der Gerichtsvollzieher die Sache im Sinne des Abs. 1, § 712 C.P.O. in Besitz genommen habe:[19]) die Siegel und Zeichen sollen nur den oben charakterisirten Willen der Obrigkeit zu jeder Zeit und für Jedermann erkennbar machen.

Nicht so einfach stellt sich die rechtliche Situation dar, wenn die Sache, was im österreichischen Rechte möglich, nach der C.P.O. für das Deutsche Reich in der Regel nothwendig ist, dem Exequendus weggenommen wird. Als Wegnahme ist nach österreichischem Rechte schon anzusehen, wenn der Gerichtsdiener die Sache bei dem Exequendus selbst versperrt und die Sperre durch Aufdrückung des Gerichtssiegels auf deren Behältniss versichert. Umsomehr auch, wenn derselbe die kostbaren und leicht übertragbaren Sachen in unmittelbare gerichtliche Verwahrung bringt oder einem Dritten, immer natürlich auf Gefahr des Executionssuchers, in Verwahrung giebt (§ 343 A. § 456 W.G.O.). Nach dem § 712 der C.P.O. für das Deutsche Reich hat der Gerichtsvollzieher die Sachen in Besitz zu nehmen. Zu diesem Zwecke hat er sie nach § 66 der preussischen Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher dem Exequendus wegzunehmen und aus dem Gewahrsam desselben zu entfernen. Ausserdem ist er verpflichtet, für die sichere Unterbringung und Verwahrung und nöthigenfalls für die Erhaltung derselben zu sorgen.

In der C.P.O. für das Deutsche Reich scheint die Frage nach dem Rechtsverhältniss, in welchem sich die Sache nach ihrer Wegnahme zum Gerichtsvollzieher befindet, deutlich

[19]) Anderer Ansicht die Motive, S. 427, und § 71 der preussischen Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 24. Juli 1879, Just. Min. Bl. v. 1879, No. 31, Anl. zu S. 206.

beantwortet zu sein. Denn, wenn er die Sache in Besitz genommen haben muss, so ist er eben Besitzer derselben. Bei dieser Erwägung wird aber ausser Acht gelassen, dass er als staatliche Obrigkeit den Besitz ergriffen hat. Wird auch hierauf Rücksicht genommen, so ergiebt sich das Resultat, dass sich die dem Exequendus abgenommene Sache im Besitze des Staates befindet. Die österreichische Gesetzgebung spricht sich über diese Frage nicht aus. Doch wird man auch hier behaupten müssen, dass als maassgebend anzusehen ist das Verhältniss der Sache zu dem Gericht als staatlicher Obrigkeit, bezw. zum Staate selbst in dieser seiner concreten Erscheinung. Das folgt daraus, dass nicht nur der Gerichtsbediente, sondern auch wohl der Vertrauensmann, zu dem transferirt wird, als Organ des Gerichtes aufgefasst werden muss. Bezüglich des Gerichtsbedienten ist dies keinem Zweifel unterworfen. Aber auch für den Vertrauensmann, Hüter etc. muss dasselbe gelten.

Kann man nun wirklich behaupten, dass der Staat Besitzer der Sache sei? Bei der Vieldeutigkeit dieses Ausdruckes muss doch wohl vorerst ermittelt werden, in welcher Bedeutung in diesem Zusammenhange überhaupt von Besitz die Rede sein kann. Das Privatrecht spricht von Besitz bald im Sinne von juristischem Besitz *(possessio ad interdicta)*, bald im Sinne von natürlichem Besitz *(detentio)*. Juristischer Besitz der Sache kann dem Staat nicht zuerkannt werden. Dagegen sprechen mehrere Gründe. Zunächst der, dass diesem Besitz des Staates, falls er gestört oder entzogen werden würde, der privatrechtliche Besitzesschutz nicht zur Seite steht. Freilich bedarf der Staat einerseits desselben nicht, und andererseits würde er auch gar nicht ausreichen. Weiter der, dass man nicht annehmen kann, durch die Beschlagnahme werde der bisherige Usucapionsbesitz des Exequendus interrumpirt. Es besteht kein Zweifel, dass dieser seine Usucapion fortsetzt und auch vollendet, während die Sache executiv verstrickt ist. Und endlich folgender Grund. Die herrschende Lehre fordert, dass der juristische Besitzer den *animus rem sibi habendi* hege. Von dieser ψυχὴ δεσπόζοντος kann in unserem Falle ganz und gar nicht die Rede sein.

Denn nie kann der Staat den Willen haben, eine Sache, die demnächst zur Satisfaction des Executionsführers verwendet werden soll, für sich zu behalten.

Viel näher liegt es, blosse Detention des Staates anzunehmen. Bei ihr genügt der *animus rem alieno nomine habendi.* Allein auch diese Annahme macht Schwierigkeiten. In wessen Namen und für wen detinirt denn der Staat? Im Namen des Exequendus, wird man erwidern. Die Antwort ist gewiss einseitig. Man kann doch nicht sagen, dass der Staat die Sache nur aus dem Grunde bei sich hat, um dem Schuldner einen Dienst zu erweisen, um seine Rechte an derselben zu erhalten. Ebenso einseitig wäre es, zu sagen, dass der Staat Namens des Executionssuchers detinire. Denn es steht gar nicht fest, dass gerade dieser Executionssucher oder er allein aus der Sache befriedigt werden wird. Und wenn man schliesslich sagt, er detinire im allseitigen Interesse, so hat man damit überhaupt auf die Anwendung der privatrechtlichen Kategorie der *detentio alieno nomine* verzichtet. Und das ist auch m. E. der allein richtige Standpunkt. Dieser Besitz des Staates spottet der Maassstäbe des Privatrechtes, er ist, wenn man will, ein publicistischer, lediglich im Interesse des Executionszweckes geübter Besitz, wenn man schon diesen Ausdruck beibehalten zu müssen glaubt, und wirkt privatrechtlich nicht anders als ein Elementarereigniss.

Wir kommen jetzt zu der Frage, welchen Inhalt das Recht habe, welches der Executionssucher durch die gerichtliche Beschlagnahme der Sache erwirbt.

Bei der Execution wegen Geldforderungen in andere Sachen als Baargeld erhält derselbe nach dem Wortlaut sowohl der österreichischen Gerichtsordnung als auch der C.P.O. für das Deutsche Reich ein Pfandrecht an der Sache. Und zwar nach dem § 342 A. (§ 455 W.) G.O. schon durch gerichtliche Beschreibung der zu pfändenden Gegenstände, nach der C.P.O. durch den etwas umständlicheren Pfändungsvorgang des § 712 daselbst. (§ 709 C.P.O.).

Es fällt auf, dass nur bei dieser Executionsart das dem Gläubiger erwachsende Recht von der Gesetzgebung juristisch

gekennzeichnet wird. Bei der executorischen Surrogat-Tradition fehlt eine analoge Charakterisirung. Und doch kann ebenso gut auch hier gesagt werden, dass der Executionssucher, dem executiv zu Eigenthum tradirt werden soll, schon in der Zwischenzeit zwischen der Wegnahme und Behändigung ein Recht an der Sache erhält, kraft dessen sie der beabsichtigten executiven Verwendung weder thatsächlich noch rechtlich entzogen werden darf. Dass die Kategorie des Pfandrechtes auf dieses Rechtsverhältniss nicht passe, kann nicht entgegnet werden. Denn es existirt ein anderes privatrechtliches Schema, das des Dispositions-Niessbrauches, welches hier Verwendung finden könnte. In der C.P.O. für das Deutsche Reich tritt diese Inconsequenz auf das Allerschärfste hervor bei der Execution in Baargeld. Das deutsche Gesetz beachtet eben nicht, dass diese Execution ihrem Wesen nach nur eine besondere Art der executiven Surrogat-Tradition ist. Und doch ist juristisch kein Unterschied, ob im Urtheil gesagt ist, Beklagter sei schuldig, dem Kläger 1000 hl Weizen in's Eigenthum zu übertragen, oder 1000 Mk. zu bezahlen, wenn nur bei der Execution 1000 hl Weizen oder 1000 Mk. im Besitz des Beklagten vorgefunden werden. Aber die C.P.O. behandelt beide Fälle unter verschiedenen Rubriken, den letzteren im 2., den ersteren im 3. Abschnitt des 8. Buches. Und, was noch viel schwerer wiegt, an dem weggenommenen Gelde gewährt sie dem Gläubiger sofort Eigenthum, da die Wegnahme desselben durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von Seite des Schuldners gilt (§ 716);[20]) an dem weggenommenen Weizen zunächst kein Pfandrecht, aber auch kein anderes Privatrecht, und erst mit der executiven Satisfaction Eigenthum, natürlich immer nur, wenn der Exequendus Eigenthümer war.

Es ist nun zu der Streitfrage Stellung zu nehmen, ob das executive Pfandrecht dem durch Vertrag erworbenen inhaltlich gleichkomme. Der Zweck des executiven Pfandrechts wird klar, wenn man sich erinnert, dass dasselbe einen Grad

---

[20]) Das gemeine und österreichische Recht kennt einen Rechtssatz dieses Inhalts nicht.

der sich stufenweise abspielenden Execution bildet. Der zu Grunde gelegte Gedanke ist folgender. Es soll dem Executionsführer nicht gestattet sein, mit einer einzigen Angriffshandlung zum Ziele zu gelangen. Das wäre der Fall, wenn die Sache, kaum dass sie in Beschlag genommen ist, auch sofort versilbert und der Erlös dem Gläubiger ausbezahlt werden würde. Aber der Schuldner soll nicht gleich so scharf angefasst werden dürfen. Wird doch auch im gewöhnlichen Leben der Gläubiger meistens bereit sein, zuzuwarten, wenn ihm der Schuldner vorläufig, zu seiner Sicherheit, ein Pfand bestellt. Dem entsprechend soll auch der Executionssucher sich vorerst mit der executiven Pfändung zufrieden geben und, erst nachdem diese vollzogen ist, die executive Feilbietung beantragen dürfen. Aber die Gesetzgebung kann ihm billiger Weise diese Zurückhaltung nur auferlegen, wenn sie dafür gesorgt hat, dass ihm das Pfändungspfandrecht dieselbe Sicherheit gewährt, wie ein Pfandrecht, welches ihm in einem Vertrage eingeräumt worden wäre. Diese Erwägung spricht dafür, die Wirkungen des durch Pfändung entstandenen Pfandrechtes im Allgemeinen und soweit das Processgesetz nicht eingreift, nach denjenigen Bestimmungen zu beurtheilen, welche das materielle Recht, also in Oesterreich das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, im Deutschen Reiche das Landesrecht für das Vertragspfandrecht enthält. Aus diesem Grunde entsteht ein Pfandrecht überhaupt nicht, wenn die gepfändete Sache nicht zu dem Vermögen des Exequendus gehört.

Auch die executive Versilberung[21]) der in Beschlag genommenen Sache ist einem privatrechtlichen Vorgang nachgebildet. Wenn der Schuldner kein baares Geld zur Befriedigung seines Gläubigers hat, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als andere ihm gehörige Sachen zu verkaufen und aus dem erzielten Kaufpreis die schuldige Zahlung zu leisten. Im Zuge der Zwangsvollstreckung nimmt der Staat die Versilberung vor (Surrogations-Princip). Es liegt nahe, das in Rede stehende publicistische Rechtsgeschäft unter dem privatrecht-

[21]) Riehl, Zeitsch. f. d. C.P. Bd. 17, S. 32—65.

lichen Gesichtspunkte eines zwischen dem Schuldner und dem Erwerber der Sache abgeschlossenen Kaufvertrages zu beurtheilen. Das ist auch wohl der einzige für diejenigen Processordnungen, welche die Execution nicht durch ein Pfändungspfandrecht hindurchgehen lassen. Wo aber, wie im österreichischen und deutschen Recht ein solches die unerlässliche Voraussetzung der executiven Feilbietung ist, hat ein anderer privatrechtlicher Gesichtspunkt statt, der der Veräusserung durch den Gläubiger auf Grund seines Pfändungspfandrechtes. Aber es ist daran festzuhalten, dass der Staat nicht als Vertreter einer Privatperson, insbesondere im ersten Falle nicht als Vertreter des Schuldners und im zweiten Falle nicht als Vertreter des Gläubigers handelt. Im österreichischen Rechte ist die Heranziehung kaufrechtlicher Normen durch den § 1089 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, im preussischen durch I, 11, § 340 des allg. Landrechtes geboten.

Der processualische Vorgang, den wir als executive Satisfaction bezeichneten, hat im Allgemeinen dieselbe Wirkung, welche an die Zahlung im Privatrecht geknüpft ist. Nach österreichischem Rechte ist der Thatbestand der executorischen Surrogat-Zahlung erst in dem Zeitpunkte als abgeschlossen zu betrachten, in welchem der Gläubiger den ihm geschuldeten Betrag erhält. Nach dem Rechte der C.P.O. für das Deutsche Reich aber schon in dem Zeitpunkte, in welchem der Staat dem Schuldner das gepfändete Geld weg- (§ 716) oder den executiven Erlös in Empfang genommen hat (§ 720). Zweifelhaft ist, ob die Zahlungs-Wirkung auch dann eintritt, wenn fremdes, beim Schuldner befindliches Geld gepfändet oder der Erlös aus der Veräusserung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache erzielt wurde. Es empfiehlt sich aber, auf diese Fragen erst später, in einem anderen Zusammenhange (§ 8 dieser Arbeit), einzugehen.

§ 5.

Die angesprochene Leistung.

Um die Leistung zu bestimmen, welche dem zur Exscindirung Berechtigten kraft seines Exscindirungs-Anspruchs zukommt, ist vom Wortlaut der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften auszugehen.

Das österreichische Hofdecret vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, lässt in dieser Beziehung an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig. Was der Dritte nach § 3 daselbst „bewirken" kann, ist nichts mehr und nichts weniger, als „die Aufhebung der Execution." Und auch der § 76 der J.N. vom 18. Juni 1850, R.G.B. No. 237, sowie der § 72 Abs. 2 der J.N. vom 20. November 1852, R.G.B. No. 251, welche von der „Klage eines Dritten wegen Aufhebung eines Executionsactes" sprechen, weichen von diesem Standpunkte nicht ab. Nichts mehr: Er kann z. B. nicht verlangen, dass die körperliche Sache, welche beim Exequendus gepfändet worden war, ihm, dem Dritten, ausgefolgt werde. Im Begriff der Aufhebung der Execution ist lediglich die Wiederherstellung des Zustandes vor der Execution enthalten. Indem die Obrigkeit nachträglich erkennt, dass die Execution in das saisirte Vermögensstück unzulässig ist, macht sie die executorische Verfügung rückgängig. Die praktische Consequenz hiervon ist die Freigebung des Vermögensstückes. Nichts weniger: Der Dritte begehrt nicht etwa blos Feststellung der Unzulässigkeit der Execution in das reclamirte Vermögensstück — die Exscindirungs-Klage ist mehr als eine Feststellungs-Klage.[1])

---

[1]) Als negative Feststellungsklage (Nicht-Bestand des executiven Pfandrechtes) bezeichnet sie E. Demelius, Zur Lehre von der Rechtskraft des Civilurtheils, S. 43.

Auch ist er nicht dadurch klaglos gestellt, dass der Executionsführer die Erklärung abgiebt, von der Execution in das saisirte Vermögensstück abstehen zu wollen. Ja selbst dann ist der Anspruch des Dritten noch nicht befriedigt, wenn der Executionsführer eine Eingabe überreicht, in welcher er von der Execution abstehen zu wollen erklärt.

Auch auf dem Boden der C.P.O. für das Deutsche Reich kommt man zu demselben Ergebniss. Allerdings spricht der § 690 Abs. 1 daselbst nur von einem Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung. Aber in den §§ 691 Z. 1 und 692 ist genauer angegeben, welchem Ziel der Dritte nachstrebt: Auf Grund der Unzulässig-Erklärung der Zwangsvollstreckung Einstellung derselben und selbstverständlich auch Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaassregeln.

Es besteht dem hier Ausgeführten zu Folge die dem Dritten gebührende Leistung in der Rückgängigmachung der Execution in das dem Exequendus nicht gehörige Vermögensstück, also in der Aufhebung der auf dasselbe übergegangenen obrigkeitlichen Verfügung. Gegen sie allein hat sich denn auch das Sachbegehren der Exscindirungs-Klage als solcher zu richten.

Die österreichische Praxis steht seit geraumer Zeit auf diesem Standpunkte.[2]) Das beweisen z. B. die E. des obersten Gerichtshofes v. 23. December 1862, Z. 8632, Sammlung, IV, No. 1620 und v. 5. Februar 1886, Z. 13445, Riehl's Spruchpraxis, Bd. 3, S. 333. Treffend ist in der zuerst genannten Entscheidung bemerkt, dass im Exscindirungs-Processe als solchem „keineswegs ... zugleich dem Kläger das Eigenthum der fraglichen Effecten gegen den Exequendus zugesprochen werden solle.“ Aus dem die Exscindirung verordnenden Erkenntniss kann weder eine Verpflichtung des Gerichtsvollziehers noch des Executionsführers abgeleitet werden, den Zustand wieder herzustellen, wie er vor dem Beginne der Vollstreckung bestand, insbesondere die weggebrachte Sache dem Exequendus, welcher an dem Processe regelmässig nicht betheiligt ist, kostenfrei zurückzuliefern.

---

[2]) Vgl. aber Unger, System, II, S. 629, Anm. 22.

Vielmehr hat sich der Gerichtsvollzieher darauf zu beschränken, die infolge der Entscheidung frei gewordenen Pfandstücke dem Exequendus oder sonstigen Empfangsberechtigten zur Verfügung zu stellen, welchem es dann überlassen bleibt, die Zurückschaffung auf seine Kosten zu bewirken.[3])

---

[3]) Vgl. auch die preuss. Gesch. Anw. f. d. Gerichtsvollzieher, § 88, Förster, Z. f. Gerichtsvollzieher, 1888, S. 155; R.G.E. v. 2. Juli 1883, Gruchot, Bd. 27, S. 864; Z. f. Gerichtsvollzieher, 1890, S. 140 ff.

§ 6.

Der Anspruchs-Verpflichtete.

Da die Form, in welcher der Exscindirungs-Anspruch im positiven Rechte verwirklicht wird, ein vom Dritten wider den Executionssucher durchzuführender Civilprocess ist, so liegt es nahe, sich den Executionssucher als das verpflichtete Subject in diesem Anspruche zu denken.[1])

Wenn wir aber genauer zusehen, so lässt sich diese Auffassung nicht halten. Sowohl eine allgemeine Erwägung als auch ein der positiven Gesetzgebung entnommenes Argument treten ihr entgegen.

Die allgemeine Erwägung besteht darin, dass die civilprocessualische Form der Geltendmachung unseres Anspruches etwas rein äusserliches, zufälliges, seine Wesenheit nicht berührendes ist. Denken wir uns diese Form hinweg und nehmen wir an, dass die Prüfung der Exscindirungs-Frage in officiöser Art erfolgt. Hier wird man sich kaum bemüssigt fühlen, einen gegen den Executionsführer gerichteten Exscindirungs-Anspruch als Gegenstand der Untersuchung hinzustellen. Ganz unmöglich ist das in dem Falle, dass ein Executionssucher überhaupt nicht vorhanden ist, weil die Execution von amtswegen durchgeführt wird. Das kommt z. B. im österreichischen Rechte vor bei der Eintreibung einer über den

---

[1]) E. des obersten Gerichtshofes vom 23. December 1862, Z. 8632, Sammlung IV, No. 1620 „über die dem Beklagten gegen den Kläger obliegende Verbindlichkeit, von der Execution abzustehen."

ungehorsamen Zeugen verhängten und für verfallen erklärten sog. Geldstrafe.[2])

Mit dem der positiven Gesetzgebung entnommenen Argument verhält es sich folgendermaassen. Wäre der Anspruch wider den Executionsführer gerichtet, so könnte die angesprochene Leistung nur die Erklärung desselben sein, dass er in die Freigebung einwillige. Consequentermaassen könnte dann das der Exscindirungs-Klage stattgebende Erkenntniss nicht anders lauten, als dass der Executionsführer zur Abgabe dieser Willenserklärung verurtheilt werde. Wie stünde es dann mit der Vollstreckung dieses Erkenntnisses? Nach österreichischem Rechte, welches ein dem § 779 der C.P.O. für das Deutsche Reich ähnliches Anskunftsmittel nicht hat, bliebe nichts anderes übrig, als dem Executionsführer unter Anwendung des § 310 A. (410 W.) G.O. mit sog. Geld- oder anderen Strafen so lange zuzusetzen, bis er mürbe geworden, die gewünschte Erklärung abgiebt — eine Absurdität, die schlagend die Haltlosigkeit obiger Aufstellung beweist. Nach der deutschen C.P.O. käme man unter Zuhilfenahme des eben citirten § viel rascher zum Ziel, da hier die Erklärung als abgegeben gilt in dem Augenblicke, in welchem das Erkenntniss die Rechtskraft erlangt hat. Allein daselbst besteht eine andere Schwierigkeit. Indem man den bezeichneten Weg beträte, würde man sich direct mit dem Wortlaute einer anderen Ge-

---

[2]) Vgl. E. des obersten Gerichtshofes v. 23. Mai 1883, Z. 4965, Sammlung, XXI, No. 9446. In einem Besitzstörungsstreite des B. gegen C. wurde dem sachfälligen Beklagten auferlegt, sich bei Strafe von 40 fl. jeder weiteren Störung zu enthalten. Nachdem C. das Verbot übertreten hatte, wurde vom Richter die Geldbusse für verfallen erklärt und zu deren Hereinbringung an mehreren im Besitze des C. befindlichen Mobilien die Pfändung vollzogen. Nun trat A. als angeblicher Eigenthümer derselben gegen den B. mit der Exscindirungs-Klage auf. Dieselbe wurde für unstatthaft erklärt. Denn im Sinne des § 3 des Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889 kann sie nur gegen den Executionssucher angestellt werden, da sie ihm das Recht bestreitet, die Execution auf die streitigen Objecte zu führen. Im vorliegenden Falle wurde aber die Execution nicht von dem Beklagten geführt, sondern vom Gericht von Amtswegen, um eine Geldstrafe hereinzubringen, welche mit gerichtlichem Erkenntnisse als verfallen erklärt worden war.

setzesstelle in Widerspruch setzen, welche ihn geradezu ausschliesst. Das ist der § 691 Ziffer 1 in Verbindung mit § 692 C.P.O., wo gesagt ist, dass die Zwangsvollstreckung aufzuheben sei, wenn ein Erkenntniss vorgelegt wird, welches „die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt,“ ohne dass es auf eine Zustimmungs-Erklärung des Executionssuchers ankommt.

Ist der Executionsführer nicht das verpflichtete Subject des Exscindirungs-Anspruchs, dann bleibt nichts anderes übrig, als ihn gegen den Staat gerichtet zu denken.[3])

[3]) Vgl. auch E. Demelius, Zur Lehre von der Rechtskraft des Civilurtheiles, S. 42, 43, 44.

§ 7.

Der Anspruchs-Berechtigte.

Das berechtigte Subject des Exscindirungs-Anspruchs ist — darüber besteht Einmüthigkeit — ein Dritter, d. h. eine von dem Executionssucher und dem Exequendus verschiedene Person. Als Dritter ist auch der Concursverwalter anzusehen, wenn er der Pfändung eines Vermögensstückes entgegentritt, welches nicht zu dem concursfreien Vermögen des Cridars, sondern zur Sollmasse gehört.[1])

Darüber ist man einig, dass der Exscindirungs-Anspruch nicht nach Art eines Popularanspruches von jedem Dritten erhoben werden kann, wenn er sich nur anheischig macht, darzuthun, dass das saisirte Vermögensstück nicht zu dem Vermögen des Exequendus gehöre. Man kann ja dem Gerichte nicht zumuthen, dass es Jemandem, welcher an der Freigebung nicht das geringste juristische Interesse hat, zu Liebe einen umständlichen Process über die Zugehörigkeit des saisirten Vermögensstückes zu dem Vermögen des Exequendus durchführen solle. Hiermit scheint mir aber die richtige Formel für die active Legitimation des Dritten zur Sache gegeben zu sein: Der Dritte muss ein juristisches Interesse an der Freigebung haben. Sie allein entspricht m. E. dem Zwecke des Institutes der Executions-Exscindirung. Darum muss jede Gesetzgebung,

---

[1]) Vgl. E. des R.G. v. 9. Mai 1887, 6. Civilsenat, Entsch., Bd. 18, No. 88 und v. 3. November 1880, 5. Civilsenat, Seuffert, Arch. Bd. 36, No. 169; O.L.G. Karlsruhe vom 14. Juni 1880, Z. f. d. C.P. Bd. 3, S. 499. Allein die Auffassung des Anfechtungsstreites im Sinne der §§ 22 ff. der deutschen Concursordnung als eines Exscindirungs-Streites ist unrichtig. Vgl. oben S. 27, 28.

wenn sie sich dieses Zweckgedankens bewusst ist, von dieser Formel ausgehen. Dass sie dehnbar ist, kann ihrer Annahme nicht im Wege stehen. Denn auch die Nebenintervention ist auf eine analoge Voraussetzung gestellt (§§ 63, 67 Z. 2, 68 C.P.O.), und auch sonst kann man in vielen Fällen ohne den Begriff des rechtlichen Interesses nicht auskommen.[2]) Weil sie aus dem Zweckgedanken folgt, ist sie aber auch der Maassstab, nach welchem jede andere Formulirung des positiven Rechtes auf ihre Zweckmässigkeit geprüft werden mag, und bindend da, wo ein Processgesetz über diesen Punkt Stillschweigen beobachtet. Im positiven Recht wird die Legitimation des Dritten zumeist an strengere Voraussetzungen geknüpft, als es in obiger Formel geschieht. Da es sich darum handelt, zu verhüten, dass der gegen das Vermögen des Exequendus gerichtete Angriff auf das Vermögen eines Anderen abirre, so liegt es nahe, zu bestimmen, dass nur derjenige Dritte widersprechen dürfe, welcher das fragliche Vermögensstück als zu seinem Vermögen gehörig (ganz oder zum Theil) in Anspruch nimmt. Damit wird aber dem Exscindirungs-Streit ein Inhalt gegeben, der die Gefahr in sich birgt, den Schwerpunkt der Verhandlung zu verrücken. Denn, indem darüber gestritten wird, ob das Vermögensstück zu dem Vermögen des Exequendus oder zu demjenigen des Dritten gehöre, kann es leicht geschehen, dass man die Frage, ob das Vermögensstück zu dem Vermögen des Exequendus gehöre, hinter die Frage, ob es zu dem Vermögen des Dritten gehöre, zurückdrängt. Das ereignete sich sogar in der preussischen Praxis, obgleich die allgemeine G.O. für die preuss. Staaten, Th. 1, Tit. 24 § 75 ganz scharf formulirt: „Meldet sich bei oder nach der Auspfändung Jemand, welcher behauptet, dass die gepfändeten Sachen nicht dem Schuldner, sondern ihm zugehören . . . .“ Umsomehr in denjenigen Rechtsgebieten, deren Processordnungen eine Fassung nach Art der im Druck hervorgehobenen Worte der preussischen G.O. vermissen lassen. Das gilt vom *Code de procédure civile Art. 608 („Celui qui se prétendra propriétaire*

---

[2]) Vgl. z. B. §§ 231, 271 Abs. 2 C.P.O.

des objets saisis, ou de partie d'iceux, pourra s'opposer à la vente . . .“), von dem österreichischen Hofdecret vom 29. Mai 1845, J. G. S. No. 889, § 3 („Diejenigen, welche sich in ihrem Besitze, Eigenthum oder anderen Rechten für gekränkt halten, haben solche, um die Aufhebung der Execution zu bewirken, . . . geltend zu machen“) und der C.P.O. für das Deutsche Reich und ihren Vorarbeiten (sie sprechen überwiegend von einem die Veräusserung hindernden Recht des Dritten) mit Ausnahme des P.E. (§ 1030 Abs. 2) und des N.E. (§ 919), welche in weiser Beschränkung ganz davon absehen, die Legitimationsfrage zu beantworten.

Schon aus dem bisher Gesagten ergiebt sich, dass die deutsche C.P.O. dem französischen Standpunkt näher steht, als dem preussischen und österreichischen. Darum wird es gestattet sein, bei der nun folgenden kritischen Betrachtung lediglich drei Formulirungen zu unterscheiden, die preussische, die österreichische und die französisch-deutsche.

Die preussische Formel ist in einer Hinsicht allen übrigen überlegen. Sie allein betont, wie schon bemerkt wurde, dass es auf die Zugehörigkeit oder Nicht-Zugehörigkeit zu dem Vermögen des Exequendus ankomme. Aber auch abgesehen von diesem mehr doctrinellen Vorzug ist sie geeignet, sich in den meisten Fällen zu bewähren, wenngleich nicht in allen. Das lässt sich leicht darthun. Ist ein angeblich dem Schuldner „zugehörendes“ Eigenthumsrecht, dingliches Recht an fremder Sache, Forderungsrecht oder Immaterialgüterrecht saisirt worden, und behauptet der Dritte, dass das Recht nicht dem Schuldner, sondern ihm „zugehöre“, so reicht die Formel vollkommen aus. Auch in dem Falle, als z. B. der Dritte ein das angebliche Eigenthum des Exequendus beschränkendes *jus in re aliena* in Anspruch nimmt, lässt sich mit ihr zur Noth auskommen. Dagegen versagt sie in dem Falle, als auf dem Eigenthum des Exequendus zu Gunsten des Dritten ein Veräusserungsverbot mit dinglicher Wirkung lastet.

Die österreichische Formel[3]) ist in allen soeben genannten

[3]) Sie findet sich noch im § 76 J.N. v. 1850, im § 72 Abs. 2 J.N. von

Fällen anwendbar. Ihr Vorzug liegt in ihrer Allgemeinheit. Bei den Worten: „Diejenigen, welche sich in ihrem Besitz, Eigenthum oder anderen Rechten für gekränkt halten . . .“[4]) ist an jedes Recht zu denken, welches für den Dritten irgend welchen Vermögenswerth hat. Und wenn man, was wohl unausweichlich ist, das Wort „kränken“ im Sinne von „gefährden“ versteht, so lässt die österreichische Formel bezüglich der Anwendbarkeit Nichts zu wünschen übrig. Auch den Schwerpunkt des Exscindirungs-Processes verrückt sie nicht, wenn man sie nur in ihrem ganzen Zusammenhang vor Augen hat, und annimmt, dass sie nicht von einer Geltendmachung des Rechtes des Dritten überhaupt, sondern nur von einer Geltendmachung desselben zu dem Zwecke spricht, „um die Aufhebung der Execution zu bewirken.“[5])

Die französisch-deutsche Formel endlich scheint, verglichen mit der preussischen, den entgegengesetzten Ausgangspunkt zu haben.

Es ist müssig, feststellen zu wollen, wer der Urheber der plumpen Wendung von dem die Veräusserung hindernden Recht des Dritten war. Aber man darf annehmen, dass sie der Tendenz, das in den Worten *s'opposer à la vente* des *Art. 608 Code de procédure civile* enthaltene Vorbild zu verbessern, ihre Entstehung verdankt. Vorerst empfand man, dass es zu eng sei, wenn der citirte Artikel den Dritten lediglich, falls er Eigenthümer zu sein behauptet, berücksichtigt. So entstand der § 583 Abs. 1 der allgemeinen bürgerlichen Processordnung für das Königreich Hannover, welcher unter der Rubrik: „Einwendungen dritter Personen. 1. Wider die Zulässigkeit der Zwangs-

---

1852, im § 447 der prov. C.P.O. für Ungarn und Siebenbürgen vom Jahre 1852, in dem öst. Entwurf von 1858 (§ 463) und in dem öst. E. einer Executionsordnung von 1862 (§ 34).

[4]) Ganz anders lautet Art. 870 der P.O. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern von 1869, der da sagt: „Will ein Dritter auf Grund des Eigenthums oder eines anderen Rechtes an einem Gegenstande der Vollstreckung Widerspruch gegen dieselben erheben . . .“

[5]) Vgl. auch § 72 Abs. 2 J.N. verba: „Klage . . . wegen Aufhebung eines Executionsactes.“

vollstreckung überhaupt" anhebt: „Wenn dritte Personen an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein Eigenthums- oder ein solches Recht behaupten, wodurch dessen Veräusserung (oder Herausgabe an den Gläubiger) unzulässig wird . . ." Diesem § ist noch der § 562 unter der Rubrik „β. Subhastationstermin" an die Seite zu stellen, wo es heisst: „nehmen diese (nämlich die Realgläubiger) Eigenthums- oder solche Rechte in Anspruch, durch welche sie den Verkauf des Grundstücks ausschliessen[6]) zu können glauben . . ." In der Vorlage des Referenten der hannöverschen Commission taucht zuerst das die Veräusserung hindernde Recht auf, indem der § 669 Abs. 1 desselben lautet: „Ein Widerspruch dritter Personen, welcher auf die Behauptung gestützt wird, dass ihnen an einem in Beschlag genommenen Gegenstande ein die Veräusserung desselben hinderndes Recht zustehe . . ." Ein principielles Bedenken wurde hiegegen im Schosse der Commission nicht erhoben. Als solches kann wohl nicht in Betracht kommen dasjenige, welches in der 232. Sitzung zur Sprache gebracht wurde und von dem ich hier nur Mittheilung mache, um zu zeigen, dass die Commission sich über die Bedeutung der Formel im Unklaren war. Einem Abgeordneten schien die Fassung „ein die Veräusserung hinderndes Recht" zu eng zu sein. Der Dritte, welcher die in Beschlag genommene Sache als sein Eigenthum in Anspruch nehme, habe ein Interesse, nicht bloss die Veräusserung dieser Sache zu hindern, sondern auch die Beschlagnahme bezw. deren Fortdauer zu beseitigen und muss daher auch Widerspruch erheben können, wenn er behaupte, ein die Beschlagnahme des fraglichen Gegenstandes hinderndes Recht zu haben. Diese Ansicht wurde von anderer Seite nicht getheilt, vielmehr darauf hingewiesen, dass die Beschlagnahme bereits erfolgt sei und man daher nicht mehr von einem die Beschlagnahme hindernden Rechte, sondern nur von einem Rechte desselben sprechen

---

[6]) Vgl. hierzu die öst. Entwürfe von 1876 (§ 794), und von 1881 (§ 793), sowie die C.P.O. für Bosnien und die Herzegowina von 1883 (§ 495).

könne, zu verhindern, dass die in Beschlag genommene Sache veräussert werde.[7]) Der H.E. § 687 Abs. 1 stimmt daher wörtlich mit der Vorlage des Referenten überein. Ueber dieselbe kommt auch der E. I § 605 nicht hinaus, welcher sagt: „Der Widerspruch eines Dritten gegen die Zwangsvollstreckung, welcher auf die Behauptung gestützt wird, dass ihm an einem gepfändeten oder der Zwangsversteigerung unterworfenen Gegenstande ein die Veräusserung desselben hinderndes Recht zustehe . . .“ Und im E. II (§ 627), sowie im E. III (§ 639) und im Gesetz (§ 690 C.P.O.) ist lediglich eine redactionelle Aenderung nachzuweisen, indem es da heisst: „Behauptet ein Dritter, dass ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräusserung hinderndes Recht zustehe, so ist der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung . . .“[8])

Es handelt sich nunmehr darum, aus dieser Gesetzesstelle zu ermitteln, unter welchen Voraussetzungen ein Dritter nach der deutschen C.P.O. legitimirt sei, einer Zwangsvollstreckung mit dem Erfolge zu widersprechen, dass sie nicht fortgesetzt werden darf, sondern wieder rückgängig gemacht werden muss.

Der *in terminis legis* gegebene Bescheid: Wenn „ihm an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung ein die Veräusserung hinderndes Recht zusteht“ kann schon aus dem Grunde nicht befriedigen, weil, wie oben S. 35 nachgewiesen wurde, unter Gegenstand der Zwangsvollstreckung ein Vermögensbestandtheil, ein Recht zu verstehen ist, und demgemäss ein Recht an einem Rechte in Betracht käme, eine Denkform, die bekanntlich von Vielen verworfen wird.

M. E. wollte gesagt werden: „Wenn er berechtigt ist, die Veräusserung des Gegenstandes der Zwangsvollstreckung von Seiten des Exequendus zu hindern.“

Einer näheren Beleuchtung bedarf hier der Begriff der Veräusserung und der Begriff des Hinderns.

---

[7]) Protocolle, Bd. XI, S. 4261 und dazu Frommhold, Widerspruchsklage, S. 170 Anm. 2.

[8]) Vgl. auch die öst. Entwürfe von 1866 (§ 824), 1867 (§ 801) und 1870 (§ 798).

Es ist an die freiwillige und freihändige Veräusserung durch den Exequendus zu denken, nicht an die Zwangsveräusserung. Denn sonst ergäbe sich ein *idem per idem*: Derjenige kann der Zwangsveräusserung widersprechen, welcher berechtigt ist, die Zwangsveräusserung zu hindern. Man muss also immer fragen: Wäre der Dritte berechtigt die Veräusserung zu hindern, falls der Exequendus freiwillig das saisirte Vermögensstück veräussern wollte, um aus dem Erlös den Gläubiger zu befriedigen?

In dem Begriff des Hinderns liegt das Moment der Dinglichkeit, der Absolutheit. Die rechtliche Position des Dritten muss das Hinderniss sein, welches den Uebergang des fraglichen Vermögensstückes auf den Käufer als eine rechtliche Unmöglichkeit erscheinen lässt. Selbstverständlich ist hier nur an den derivativen Erwerb, nicht an den originären zu denken.

Damit sind wir vor folgendes Ergebniss gestellt:

Der Dritte ist im Sinne des § 690 C.P.O. als Exscindirungs-Berechtigter legitimirt:

1. Wenn er selbst der Eigenthümer — dieses Wort in der uneigentlichen, von der romanisirenden Doctrin verworfenen Bedeutung gebraucht — des saisirten Vermögensstückes ist, also der Eigenthümer der gepfändeten körperlichen Sache im Sinne des römischen Rechtes, der Gläubiger der gepfändeten Forderung u. s. w.

2. Wenn ihm ein anderes dingliches Recht an dem saisirten Vermögensstück zusteht und dieses frei von jener Belastung veräussert werden soll. Natürlich kann er hier Freigebung nur erwirken, soweit sich sein Recht erstreckt. Doch reicht sein Pfandrecht zu diesem Zwecke nur aus, wenn er sich auch im Besitz der Pfandsache befindet. § 710 C.P.O.

3. Wenn zu seinen Gunsten auf dem Vermögensstück ein Veräusserungsverbot mit dinglicher, bezw. absoluter Wirksamkeit lastet.

Dem Gesagten zu Folge muss nach der C.P.O. die Activ-Legitimation z. B. dem Drittschuldner bei der Execution in eine Forderung des Exequendus abgesprochen werden. Der

einfachste Fall[9]) ist, dass er mit der Behauptung auftritt, die Forderung stehe nicht dem Exequendus, sondern einem Anderen als Gläubiger zu. Hier hat den Exscindirungs-Anspruch nur der Andere, nicht auch der Drittschuldner. In der Praxis hat sich, wie ich sehe, dieser Fall noch nicht ereignet. Nicht so einfach liegt die Sache, wenn der Drittschuldner geltend macht, die Forderung sei darum aus der Executionsmasse auszuscheiden, auszulassen, weil sie nicht mehr besteht, sondern (von ihm) bereits bezahlt ist. Der österreichische oberste Gerichtshof entscheidet hier nicht gleichmässig. In der E. v. 23. September 1885, Z. 9298, Sammlung, XXIII, No. 10706 wird dem Drittschuldner die Activ-Legitimation ab- und in den Entscheidungen vom 16. April 1867, Z. 3043, Sammlung, VI, No. 2779 und vom 24. Februar 1886, Z. 2127, Sammlung, XXIV, No. 10952 wird sie ihm zuerkannt. Nach dem Rechte der C.P.O. für das Deutsche Reich steht auch hier dem Drittschuldner die Activ-Legitimation nicht zu. Nach österreichischem Rechte aber lässt sich allerdings die gegentheilige Ansicht vertheidigen. Sie befriedigt auch mehr, weil man sonst zu dem seltsamen Ergebniss kommt, dass Niemand zur Anstellung der Exscindirungs-Klage legitimirt und die Obrigkeit genöthigt ist, eine nicht mehr bestehende Forderung zur Feilbietung zu bringen.

---

[9]) Die E. des Reichsgerichtes vom 11. November 1882, 5. Senat, Seuffert Arch. Bd. 38, No. 196, nach welchem der Drittschuldner der Klage auf Zahlung die Ungiltigkeit der Forderungs-Pfändung und Ueberweisung entgegensetzen kann, gehört nicht unmittelbar hierher.

§ 8.

Die Temporalität des Anspruchs.

Dass die geschichtliche Grundlage des Exscindirungs-Processes ein Incidentpunkt war, welcher nur im Zuge des Zwangsvollstreckungsverfahrens auftauchen konnte, hat im modernen Rechte u. a. auch die Spur hinterlassen, dass die Exscindirungs-Klage nur im Zuge des Zwangsvollstreckungsverfahrens erhoben werden kann. Hieraus darf man schliessen, dass auch der mittelst dieser Klage geltend zu machende Anspruch nur während des Zwangsvollstreckungsverfahrens besteht, also nicht vor dem Beginne desselben entsteht und mit dessen Beendigung untergeht. Hierdurch sind wir veranlasst, die beiden Zeitpunkte, in welchen die Zwangsvollstreckung beginnt und endigt, genau zu bestimmen, nebstdem aber auch die Frage zu erörtern, von welcher Beschaffenheit die rechtliche Position des Dritten vor diesem Anfangspunkte und nach diesem Endpunkte sei.

Was zunächst den Beginn der Zwangsvollstreckung zur Hereinbringung einer Geldforderung anbelangt, so ist er wohl mit derjenigen Zwangshandlung der Obrigkeit gegeben, aus welcher hervorgeht, dass sich der staatliche Zwang gegen ein bestimmtes Vermögensstück kehrt. Es ist also m. E. nicht erforderlich, dass dasselbe von der staatlichen Zwangsgewalt bereits ergriffen sei, sondern es genügt, wenn sie sich in der Richtung wider ein concretes, individualisirtes Object in Bewegung gesetzt hat.

Demgemäss beginnt im österreichischen Rechte die Zwangsvollstreckung vermittelst der Pfändung, Schätzung und Feil-

bietung gewöhnlich erst mit der Vornahme der Pfändung, und nur dann schon mit der Bewilligung derselben, wenn in dem gerichtlichen die Pfändung verordnenden Bescheide das zu pfändende Vermögensstück individuell bezeichnet ist. Bei der Zwangsvollstreckung mittelst der Einantwortung an Zahlungsstatt (§ 314 A. 415 W. G.O.) oder Erfolglassung Zahlungs halber (§ 312 A. 412 W. G.O) von dem Exequendus gegen einen Drittschuldner zustehenden Forderungen, bei welcher Executionsart von einer förmlichen Pfändung abgesehen wird, ebenfalls mit dem die Einantwortung oder Erfolglassung anordnenden Bescheid. Die Zustellung dieser Bescheide braucht wohl nicht abgewartet zu werden, um die Exscindirungs-Klage zu überreichen.

Im deutschen Reichsrechte liegt der Beginn der Zwangsvollstreckung in Mobilien in dem Pfändungsacte des Gerichtsvollziehers; der Beginn der Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte in dem Erlass des Pfändungsbeschlusses seitens des Vollstreckungsgerichtes bezw. in der nach § 744 C.P.O. zulässigen Benachrichtigung;[1]) der Beginn der Zwangsvollstreckung in Immobilien in der Anordnung der Zwangsvollstreckung seitens des Vollstreckungsgerichtes nach § 755 Abs. 2 C.P.O. Bis zu dem angegebenen Zeitpunkt ist die Exscindirungs-Klage unzulässig. Es fragt sich nur, ob der Dritte nicht schon vor diesem Zeitpunkte der befürchteten Abirrung der Execution in sein Vermögen vorbeugen kann. Das Auskunftsmittel, an das man zu denken geneigt sein möchte, ist die Feststellungsklage im Sinne des § 231 der deutschen C.P.O. Sie müsste darauf gerichtet werden, dass der Gläubiger nicht berechtigt sei, auf ein bestimmtes Vermögensstück zu greifen, weil ihm dieses, als nicht zu dem Vermögen des Schuldners gehörig, für seine Forderung nicht haftet, und wäre demnach eine sog. negative Feststellungsklage. Sie würde aber ihre Wirkung nur auf den Beklagten äussern. Sollte dieser dennoch die Execution führen, so bedürfte es nunmehr doch noch der Exscindirungs-Klage.

[1]) E. des O.L.G, Schwerin v. 1. Juni 1881, Seuffert Arch. Bd. 41, No. 155.

Und nun von dem Zeitpunkte, in welchem das Zwangsvollstreckungsverfahren als beendet anzusehen ist.

Da besteht ein principieller Unterschied zwischen österreichischem und deutschem Rechte nicht.

Das Zwangsvollstreckungsverfahren mittelst Versteigerung zerfällt in zwei Abschnitte; der erste endet mit der Versteigerung, der zweite mit der Auszahlung des Erlöses an den zur Perception berechtigten Gläubiger. Schon darum ist es unrichtig, das Zwangsvollstreckungsverfahren bereits mit der Versteigerung enden zu lassen; vielmehr bildet erst die Auszahlung an den Gläubiger den Abschluss desselben. Der Umstand, dass nach § 720 der deutschen C.P.O. die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von Seiten des Schuldners gilt,[2]) mag für letzteren, welchen das fernere Schicksal des Erlöses nicht weiter interessirt, die Vollstreckung als beendet erscheinen lassen, für den Gläubiger und den Dritten ist sie noch nicht abgeschlossen.[3]) Aber es kann, wenn der Dritte durch die Zwangsversteigerung seines Eigenthums verlustig gegangen ist, jetzt nur mehr der Erlös exscindirt werden. *Pretium succedit in locum rei.* Allg. Gerichtsordnung für die preuss. Staaten, Th. I, Tit., 24 § 77.

Die Zwangsvollstreckung durch Ueberweisung einer Forderung an Zahlungsstatt endet mit der Zustellung des bezüglichen Beschlusses an den Drittschuldner.

Dagegen ist die Zwangsvollstreckung durch Ueberweisung einer Forderung zur Einziehung nicht schon in diesem Zeitpunkte, sondern erst dann als beendet anzusehen, wenn der Gläubiger sie eingezogen und zu seiner Befriedigung verwendet hat.

Die Frage, ob der Dritte, welcher seines Eigenthums an

---

[2]) Vgl. Römer, Sammlung der Entsch. des O.A.G. zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen, Bd. 1 (1854), No. 176, S. 390.

[3]) E. des Reichsgerichtes v. 6. October 1890, 4. Civilsenat, Zeitsch. f. Gerichtsvollzieher, 1891, S. 102; E. des O.L.G. Celle vom 11. März 1881, 2. Senat, Seuffert Arch. Bd. 36, No. 247. Dagegen E. des O.L.G. Hamburg vom 14. Februar 1882, Seuffert Arch. Bd. 38, No. 367 und Voss, Zeitsch. für Gerichtsvollzieher, 1891, S. 130 ff., 137 ff., 149 ff.

einer Sache dadurch verlustig ging, dass sie im Zuge eines nicht gegen ihn gerichteten Zwangsvollstreckungsverfahrens veräussert wurde,[4]) von dem in gutem Glauben befindlichen Executionsführer die Herausgabe des Erlöses beanspruchen könne, ist streitig.[5]) Jeder unbefangene Beurtheiler dürfte wohl geneigt sein, sie zu bejahen, und schon deshalb halte ich ihre Bejahung für richtig.

---

[4]) Das ist nach österreichischem Rechte der Fall, wenn die Voraussetzungen des § 367 des allg. bgl. Gesetzbuches zutreffen, welcher u. a. bestimmt: „Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht statt, wenn er beweiset, dass er diese Sache . . . in einer öffentlichen Versteigerung . . . an sich gebracht hat . . . In diesen Fällen wird von den redlichen Besitzern das Eigenthum erworben, und dem vorigen Eigenthümer steht nur gegen jene, die ihm dafür verantwortlich sind, das Recht der Schadloshaltung zu."

Und nach preussischem Rechte nach Maassgabe des § 42 Tit. 15 Theil I A.L.R., welcher bestimmt: „Sachen, die von dem Fisco, oder bei öffentlichen Versteigerungen erkauft worden sind, sind keiner Vindication unterworfen." Dieser Satz galt ursprünglich, wie das Obertribunal, Entsch. Bd. 30, S. 69, annahm, nur in Bezug auf fahrende Habe, nicht auf unbewegliche Sachen und den Erwerb in nothwendiger Subhastation. Aber durch den § 13 der Subhastations-Ordnung vom 15. September 1869 und nunmehr durch § 40 des Gesetzes, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883 ist eine Aenderung eingetreten. Die Bekanntmachung des Versteigerungstermins enthält jetzt die Aufforderung an diejenigen, welche das Eigenthum des Grundstückes beanspruchen, vor Schluss des Versteigerungstermins die Einstellung des Verfahrens herbeizuzuführen, widrigenfalls nach erfolgtem Zuschlag das Kaufgeld in Bezug auf den Anspruch an die Stelle des Grundstückes tritt. Das einmal in der Subhastation verkaufte Grundstück kann deshalb der wahre Eigenthümer nicht mehr zurückfordern, gleichwie der Käufer einer in einer öffentlichen Auction erstandenen beweglichen Sache gegen die Eigenthumsklage des wahren Eigenthümers geschützt ist.

[5]) Sie wird bejaht von Jacobi, Ueber die Ersatzpflicht des Gläubigers aus unrechtmässiger Mobiliar-Zwangsvollstreckung, Berlin, 1888; Frantz, Abhandlungen zur Lehre von der Executions-Intervention, Mannheim, 1889, S. 39ff; Koffka, Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart, Bd. 8, S. 161 ff., Falkmann, Zeitsch. f. d. C.P., Bd. 14, S. 515; und verneint von Staub, Jurist. Wochenschrift, 1888, S. 201 ff.; Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht, 6. Aufl., Bd. 2, S. 450, Anm. 30a; Voss, Archiv f. civil. Praxis, Bd. 79, S. 295 ff. Vgl. auch § 880 in Verbindung mit § 1182 des Entwurfes eines bürgerl. Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich.

Man pflegt zu sagen, sie sei nach materiellem Civilrecht, also in Oesterreich nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch und im Geltungsgebiete der deutschen Civilprocessordnung nach Landesrecht zu beantworten. Diese Aufstellung bedarf indessen einer wichtigen Einschränkung. Denn die Rechtswirkungen, welche ein bestimmter executorischer Vorgang auf dem Gebiete des Privatrechtes haben soll, bestimmt die Processordnung selbst, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend. Und gerade dieses Moment wurde in den einschlägigen Erörterungen nicht gehörig gewürdigt.

Ausgangspunkt für die folgende Betrachtung ist der executorische Vorgang, welcher im Ganzen und Grossen dieselben Wirkungen hervorbringt wie die privatrechtliche Zahlung.

Derselbe ist im gemeinen und österreichischen Rechte ein wenig umständlicher, als im Rechte der C.P.O. Denn in den beiden zuerst genannten Rechtssystemen tritt der Zahlungseffect erst in dem Zeitpunkte ein, in welchem der bei der Veräusserung von dem Schuldner abgepfändeten Sachen eingegangene Erlös dem Gläubiger behändigt wird, nach der deutschen C.P.O. schon früher. Hierbei ist an den Normalfall gedacht, dass eine dem Schuldner gehörige Sache gepfändet und veräussert worden ist. Was ist aber Rechtens, wenn die Zwangsvollstreckung auf die Sache eines Dritten abirrte? Soll auch hier in dem Zeitpunkte der Behändigung des aus dem fremden Vermögen gezogenen Geldes der Zahlungs-Effect Statt haben? Auf dem Standpunkt des gemeinen und österreichischen Rechtes ist diese Frage gewiss zu verneinen. Denn Nichts berechtigt zu der Annahme, die Staatsgewalt wolle die Befriedigung des Gläubigers auch mit fremden Mitteln herbeiführen. Insbesondere kann man sich nicht darauf berufen, dass unter Umständen eine Pfändung fremder Sachen zugelassen ist. Denn das geschieht nur aus processpolitischen Gründen und es ist dafür gesorgt, dass sie freigegeben werden, wenn ihre Nicht-Zugehörigkeit zu dem Vermögen des Schuldners rechtzeitig an den Tag kommt. Daraus darf man wohl schliessen, dass, wenn auch der Widerspruch versäumt und die Rück-

gängigmachung des executorischen Eingriffs ausgeschlossen ist, nach wie vor die „Zahlung" aus fremder Tasche perhorrescirt bleibt. Unter solchen Umständen ist von Processrechtswegen die Judicatsobligation als unberichtigt und der Erlös als *sine causa* im Vermögen des Executionsführers befindlich anzusehen. Erst durch diese Erwägungen ist der Raum frei gemacht für die Anwendung der Grundsätze des materiellen Rechtes. Der Gläubiger hat den Erlös, da er ihn nicht *solutionis causa* haben darf, grundlos, und es kann daher dem Dritten die *condictio sine causa* auf Herausgabe der grundlosen Bereicherung wider ihn nicht versagt werden.



Aber auch unter der Herrschaft der C.P.O. für das Deutsche Reich sollte nicht anders entschieden werden.[6]) Denn es lässt sich nicht behaupten, dass in diesem Punkte durch das neue Gesetz an dem bisherigen Rechte eine Aenderung herbeigeführt wurde. Der Wortlaut des § 720 C.P.O. (vgl. auch § 716) darf nicht irre führen. Es heisst daselbst: „Die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von Seiten des Schuldners." Die Bedeutung dieser Worte reicht nicht weiter, als dass nunmehr der Zahlungseffect, wo er überhaupt Platz greift, nicht erst im Zeitpunkt der Empfangnahme des Erlöses durch den Gläubiger, sondern schon in dem viel früheren Zeitpunkte der Empfangnahme desselben durch den Gerichtsvollzieher einzutreten habe. Nicht aber wird bestimmt, dass es nunmehr gleichgiltig sein soll, ob der Erlös auf Kosten des Schuldners oder eines Dritten erzielt wurde. Demnach fingirt also auch die deutsche C.P.O. nur im ersten Falle, dass der Schuldner gezahlt habe und lässt im zweiten Falle die Fiction weg, in welchem sie überdies dahin gehen müsste, dass der Schuldner aus der Tasche des Dritten die Zahlung leiste.

[6]) Vgl. das Urtheil des obersten Landgerichtes f. Bayern v. 9. April 1880 und des Oberlandesgerichtes in Cassel v. 26. Juni 1882, Seuffert, Archiv, Bd. 35, No. 294, und Bd. 37, No. 355. Dagegen das Erk. des Reichsgerichtes vom 6. Februar 1885, 3. Civilsenat, Entsch., Bd. 13, No. 43, S. 180—185.

Das Ergebniss ist also für beide Rechtssysteme das gleiche. Zu den Requisiten des executorischen Zahlungssurrogates gehört, dass das Geld aus dem Vermögen des Schuldners herrühre. Ist es aus demjenigen eines Dritten gezogen, so tritt der Zahlungseffect nicht ein, vielmehr ist der Gläubiger während der ganzen Verjährungszeit der *condictio sine causa* ausgesetzt.

Die vorstehenden Ausführungen würden genügen, wenn nicht das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 6. Februar 1885[7]) zu einem von dem hier vertretenen völlig abweichenden Ergebniss gelangt wäre. Bei dem grossen Einflusse, welche diese Entscheidung auf die seitherige Rechtsprechung ausübt, erscheint es mir unerlässlich, auf dieselbe näher einzugehen.

Grundlage derselben bildet die oben gerügte missverständliche Auslegung des § 720 C.P.O. Derselbe soll auch, nach Lage der Umstände, fingiren, dass der Schuldner aus fremder Tasche zahle. Es sei also über die Frage zu entscheiden, ob, wenn ein Schuldner seinem Gläubiger die geschuldete Zahlung aus dem Vermögen eines Dritten geleistet hat, der Dritte berechtigt ist, den gezahlten Betrag von dem gutgläubigen Empfänger zu condiciren. Diese Frage muss allerdings nach den Grundsätzen der Quellen *(l 19 § 1 i. f. Dig. de reb. cred. 12, 1; l 17, l 94 § 2 Dig. de sol. 46, 3)* verneint werden. Allein es ist oben dargethan worden, dass in dem citirten § 720 C.P.O. eine derartige Fiction nicht enthalten ist. Keinesfalls ist sie so selbstverständlich, wie das Reichsgericht annimmt, welches nicht den geringsten Versuch macht, die Tragweite dieser Gesetzesstelle zu bestimmen. Als ein solcher könnte höchstens angesehen werden die Heranziehung der *l 74 § 1 Dig. de evict. 21, 2.* Sie lautet: *Si iussu iudicis rei iudicatae pignus captum per officium distrahatur, post evincatur, ex empto contra eum qui pretio liberatus est, non quanti interest, sed de pretio dumtaxat dabitur* . . . Aber was beweist die Stelle? Doch nur, dass bei der in ihr vorausgesetzten Sachlage eine Befrie-

[7]) Vgl. oben Anm. 6.

digung des Gläubigers anzunehmen sei. Indessen ist diese Sachlage eine ganz andere, als die von uns vorausgesetzte. Dort ist dem Dritten das Eigenthum an der Sache nicht verloren gegangen, er befindet sich auch wieder im Besitze derselben. Es wird also nicht fingirt, dass die Zahlung aus seiner Tasche erfolgt sei, höchstens, wenn man will, dass sie aus dem Gelde des Käufers bewerkstelligt wurde. Auch die *l. 12 § 1 Dig. de distr. pig. (20, 5) Tryphoninus libro octavo disputationum* beweist nicht, dass sich in unserem Falle der Erlös beim Gläubiger dem Dritten gegenüber *sine causa* nicht befindet. Es heisst daselbst: *Si aliena res pignori data fuerit, et creditor eam vendiderit, videamus, an pretium, quod percepit creditor, liberet debitorem personali actione pecuniae creditae. quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, quia ex contractu et qualiquali obligatione a debitore interposita, certe ex occasione eius redactum id pretium æquius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet. sed quantum quidem ad creditorem, debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat.* Denn diese Stelle bezieht sich auf das Conventionalpfandrecht und setzt voraus, dass eine fremde Sache als Pfand gegeben, und nicht, dass sie als Pfand genommen wurde. Freilich sagt die *l. 1. C. si in causa judicati* (8, 22), dass bei der obrigkeitlichen Pfändung *(pignus in causa judicati captum)* der Verpfändungswille durch die Obrigkeit supplirt wird: *in vicem justae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis.* Und das sei die Handhabe, die für das Conventionalpfand geltenden Rechtssätze herüberzunehmen. Allerdings, aber nur innerhalb der Grenzen dieser Willenssupplirung! Und da ist wohl die Frage berechtigt, ob die Obrigkeit den Willen des Schuldners, eine ihm nicht gehörige Sache zu verpfänden, suppliren könne und dürfe? Gewiss nicht. Denn nicht ohne Grund sagt ja die Stelle: *in vicem justoe obligationis.* Eine *justa rei obligatio* liegt nicht vor, wenn man eine fremde Sache verpfändet, mag

immerhin die Distraction der Pfandsache schliesslich zur Befriedigung des Gläubigers führen. Damit entfällt die Heranziehung der *l. 12* § *1*, welche davon ausgeht, dass der Erlös bei dem Gläubiger verbleibt, was in unserem Falle der *auctoritas jubentis* zuwider läuft.

Mit dem Erlös wird aber dem früheren Eigenthümer wenig gedient sein. Denn erfahrungsgemäss bleibt derselbe regelmässig tief unter dem Schätzungswerthe der executiv veräusserten Gegenstände. Oft wird das Interesse, welches der Exscindirende daran hat, dass eine *aberratio executionis* verhütet werde, auch noch über den Schätzungswerth hinausgehen, neben dem *damnum emergens* auch ein *lucrum cessans* umfassend. Ein Fall dieser Art wird uns Sammlung XXII, No. 10272 mitgetheilt. Auf Veranlassung der Bezirkshauptmannschaft in Linz wurden zur Hereinbringung einer Steuerschuld des C. zwei in der Eisenbahnstation Mauthhausen mit der Adresse des C. nach Wien aufgegebene, Kleider, Wäsche und Einrichtungsstücke enthaltende Kisten saisirt; sodann gepfändet, geschätzt und am 7. Januar 1882 versteigert. Am 31. März 1882 belangte die A., Ehefrau des C., den Fiscus mit der Exscindirungs-Klage, indem sie das Eigenthum an den besagten Kisten und deren Inhalt geltend machte, welches von der Finanzprocuratur in dem auf die Klage geschlossenen Vergleiche anerkannt wurde. Auf Grund dieses Sachverhaltes begehrte die A. mit der gegen den Fiscus angestellten weiteren Klage die Zahlung eines Schadensersatzbetrages von 627 fl. 80 kr., resp. nach Abzug des ihr überlassenen auf 138 fl. 87 kr. sich belaufenden Erlöses aus der oben erwähnten Versteigerung von 488 fl. 93 kr.

Soweit der Anspruch über den Erlös hinausgeht, ist er nicht Residuum des Freigebungs-Anspruchs sondern Schadensersatzforderung, wie der österreichische oberste Gerichtshof in dem E. v. 26. November 1884, Z. 11988 mit Recht annimmt. Die Frage, ob zur Begründung desselben in allen Fällen ein Verschulden des Executionssuchers gehöre, oder ob derselbe die executorischen Maassregeln, oder wenigstens gewisse unter ihnen in dem

Sinne auf eigene Gefahr extrahirt, dass er für den durch *aberratio executionis* einem Dritten verursachten Schaden ohne Weiteres haftet, fällt aus dem Rahmen dieser Arbeit hinaus.[8])

[8]) Vgl. E. des österreichischen obersten Gerichtshofes v. 24. Mai 1882, Z. 4711, Sammlung, XXI, No. 9795; des (deutschen) Reichsgerichtes vom 17. März 1885, 2. Civilsenat, Entsch., Bd. 13, No. 72; des obersten Gerichtshofes für Bayern v. 25. Juli 1873, v. 13. December 1873 und v. 30. Mai 1876, Sammlung, Bd. 3, No. 225 (Gefährprincip?), Bd. 4, No. 222 und Bd. 6, No. 141; des O.L.G. Rostock v. 22. Juni 1881, Seuffert Archiv, Bd 39, No. 173 und des O.L.G. Jena v. 14. Juni 1882, Seuffert Archiv, Bd. 40, N. 97.

§ 9.

Ergebniss: Der Exscindirungs-Anspruch — ein Rechtsmittel.

Wenn wir die oben in den §§ 5—8 gewonnenen Ergebnisse zusammenfassen, so springen folgende Merkmale des Exscindirungs-Anspruches in die Augen. Er richtet sich wider eine von der Obrigkeit getroffene (executorische) Verfügung, bezweckt deren Aufhebung auf Grund erneuerter Prüfung ihrer Voraussetzungen, und kann von dem Beeinträchtigten nur innerhalb einer bestimmten Zeit erhoben werden. Diese Merkmale constituiren aber den juristisch-technischen Begriff des Rechtsmittels im materiellen Sinne. Also ist der Exscindirungs-Anspruch ein Rechtsmittel, das Wort im materiellen Sinne genommen, und der Exscindirungs-Process ein Rechtsmittelverfahren. Während durch die dogmengeschichtlichen Ausführungen dieses Werkes dargethan wurde, dass sich das Exscindirungs-Verfahren aus einem administrativen Beschwerdeverfahren herausgebildet hat, wollen die dogmatischen Erörterungen zeigen, dass der Rechtsmittel-Charakter demselben auch noch im heutigen Rechte anhaftet. Zu meiner Genugthuung finde ich diese, durch die Verfolgung unseres Institutes bis zu seinem geschichtlichen Ausgangspunkte gewonnene, Construction bei zwei angesehenen Kennern des österreichischen Civilprocesses angedeutet. Sowohl D. Ullmann[1]) als auch v. Canstein[2]) stellen die Exscindirungs- *(oppositio tertii)* und die Oppositions-Klage *(oppositio debitoris)* dem Recurs (Beschwerde)

---

[1]) Das öst. Civilprocessrecht., 3. Aufl., 1892, § 183 „Executionshinderung durch Rechtsmittel.“

[2]) Lehrbuch der Geschichte und Theorie des öst. C.P.R., Bd. 2, S. 736, 837; jedoch Compendium, Bd. 2, S. 579, 580.

an die Seite und bezeichnen alle drei Behelfe als die Rechtsmittel des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Aber eine Begründung ihrer Auffassung wurde bisher nicht gegeben. So darf ich denn hoffen, dass die vorliegende Arbeit, auch soweit sie dogmatisch ist, nicht als überflüssig befunden werden wird.

Bedauerlich ist, dass ein allgemein anerkannter juristisch-technischer Begriff des Rechtsmittels von der Theorie des Processes bis zum heutigen Tage nicht entwickelt worden ist. Läge ein solcher vor, dann wäre es ein Leichtes, von der feststehenden Grundlage aus die Einwendungen zu prüfen, die gegen meine Construction erhoben werden könnten. So aber bleibt mir nichts anderes übrig, als vorerst auszuführen, was ich unter einem Rechtsmittel im process-technischen Sinne verstehen zu müssen glaube. Das Bedenken, dass ich, durch meine dogmengeschichtlichen Untersuchungen befangen, dem Begriffe eine solche Fassung gebe, dass der Exscindirungs-Anspruch darunter fallen muss, kann ich wohl dureh den Hinweis auf D. Ullmann und v. Canstein zerstreuen. Denn diese Autoren haben den Rechtsmittel-Charakter des Exscindirungs-Anspruchs schon zu einer Zeit wahrgenommen, da der erste Theil dieser Arbeit noch nicht publicirt war.

Dass die Theorie einem so wichtigen Begriff, wie es das Rechtsmittel ist, so wenig Sorgfalt geschenkt hat, ist auffallend. Der Grund ist wohl daran gelegen, dass man sich mit einer mehr äusserlichen Betrachtung der hierher gehörigen processualischen Erscheinungen begnügte und über der Form der Geltendmachung den angestrebten Zweck übersah. In diesen Fehler wäre man nie verfallen, wenn man sich gegenwärtig gehalten hätte, dass der Begriff des Rechtsmittels der allgemeinen Processlehre angehört und darum in einer Allgemeinheit gefasst werden muss, welche ihn nicht nur für das Gebiet des Civil- und Strafprocesses, sondern auch für das Administrativverfahren brauchbar erscheinen lässt.

Nach meinem Dafürhalten erschöpft sich der fragliche Begriff in folgenden Merkmalen. Jedes Rechtsmittel richtet sich gegen eine obrigkeitliche Entscheidung oder Verfügung und will eine Ueberprüfung zum Zwecke der Aufhebung oder Ab-

änderung derselben herbeiführen. Gleichgiltig ist, ob dieselbe Obrigkeit, welche die Entscheidung oder Verfügung erlassen hat, oder eine andere um Ueberprüfung angerufen wird; aber auch, ob die Ueberprüfung auf derselben Grundlage, auf welcher die Entscheidung oder Verfügung erfloss, erfolgt, oder auf einer erweiterten. Entscheidend ist jedoch, dass diese Ueberprüfung zum Zwecke der Aufhebung oder Abänderung der Entscheidung oder Verfügung, sei es unmittelbar, sei es mittelbar, beantragt wird, und dass die Aufhebung oder Abänderung durch die Obrigkeit vorzunehmen ist.

Auf dem Gebiete des österreichischen Civilprocesses hat bezüglich des Rechtsmittelbegriffes die Theorie zweifelsohne völlig freie Hand. Denn unsere Gesetzgebung enthält sich, im Gegensatz zur C.P.O. für das Deutsche Reich, einen legalen Rechtsmittelbegriff aufzustellen. Macht man den Versuch, in unser Recht den oben formulirten Rechtsmittelbegriff einzuführen, so ergiebt sich alsbald, dass er so ziemlich alle Rechtsbehelfe deckt, welche in unserer Praxis als Rechtsmittel im juristisch-technischen Sinne angesehen werden.

Mit Recht fällt nicht unter denselben der Antrag auf Berichtigung von Schreibfehlern in den Ausfertigungen einer Entscheidung oder Verfügung (§ 83 Bag. Verf.). Denn hier wird eben nicht eine Aufhebung oder Abänderung, sondern nur die getreue Wiedergabe der Entscheidung oder Verfügung angestrebt. Aber auch nicht die Beschwerde wegen verzögerter oder verweigerter Justiz *(querela protractae vel denegatae justitiae)*, deren Bestand im österreichischen Recht für einen speciellen Fall ausdrücklich anerkannt ist (§ 4 der J.M. Vdg. vom 28. August 1860, R.G.B. No. 205), und der Antrag auf Ergänzung eines Erkenntnisses, in welchem ein Streitpunkt übergangen ist. Denn hier wird nicht eine Entscheidung oder Verfügung des Gerichtes bekämpft, sondern die Thatsache, dass dasselbe eine solche bisher nicht erlassen hat. Desgleichen nicht die sogen. Syndicatsklage nach dem Gesetz vom 12. Juli 1872, R.G.B. No. 112. Denn hier handelt es sich nicht darum, dass eine Entscheidung oder Verfügung des Gerichtes aufgehoben oder abgeändert, sondern nur, dass dem Kläger der Schaden ersetzt werde,

welcher ihm durch dieselbe zugefügt wurde. Die Entscheidung oder Verfügung des Gerichtes bleibt aufrecht stehen, ähnlich wie nach § 235 A. (§ 310 W.) G.O., wenn hervorkommt, dass die Partei einen falschen Eid abgelegt habe und nach § 236 A. (311 W.) G.O., wenn Zeugen gestehen, einen falschen Eid abgelegt zu haben, sowie nach § 237 A. (312 W.) G.O., wenn die Zeugen eines falschen Eides überwiesen werden und die übrigen Beweismittel nicht wenigstens eine halbe Probe ausmachen.

Wohl aber ist der Antrag auf Einsetzung in den vorigen Stand, auf welche die §§ 349 und 368 der prov. Civilprocessordnungen für Ungarn und Siebenbürgen vom Jahre 1852 die verkürzte Partei in den zuletzt genannten Fällen ausdrücklich verweisen und welcher soweit auch wohl nach der A. (§ 374) und W. (§ 491) G.O. zulässig ist, ein Rechtsmittel im technischen Sinne § 371 A. (489 W.) G.O. — 383 A. (503 W.) G.O. Denn der Restitutionswerber hat die Absicht, die Aufhebung oder Abänderung der auf Grund seines Versäumnisses ergangenen Entscheidung oder Verfügung herbeizuführen. Allerdings ist der Restitutionsantrag als solcher hierauf nicht gerichtet. Mittelst desselben will nur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, aber doch zu dem Zwecke erwirkt werden, um, was früher verabsäumt wurde, nachzuholen. Die neuerliche Prüfung der Entscheidung oder Verfügung bildet nicht eigentlich den Gegenstand des Restitutionsverfahrens als solchen, sondern erfolgt im Verfahren zur Hauptsache. Aber dieser letzte Zweck, zu welchem der Restitutionsantrag hinführt, kann nicht ausser Betracht bleiben. Damit ist aber auch gesagt, dass Restitutionsanträge, welche, wie z. B. ein Gesuch um Bewilligung zur Legung von Neuerungen im Replik- oder Duplik-Vortrag (§§ 48, 54 A. 40, 45 W. G.O.), diesen Zweck nicht verfolgen, als Rechtsmittel nicht angesehen werden können.

Unbestreitbar ist der Rechtsmittel-Charakter der Appellation § 252 A. (329 W.) G.O. — 259 A. (339 W.) G.O.; der Revision § 260 A. (340 W.) G.O. — 261 A. (341 W.) G.O.; der Nullitätsbeschwerde § 262 A. (342 W.) G.O. — 266 A. (347 W.) G.O., §§ 78—82 Bag. Verf.; des Recurses (Beschwerde) § 267 A. G.O., J.M.Vdg. vom 28. August 1860,

R.G.B. No. 205, §§ 349—355 W.G.O., § 84 Bag. Verf. und auch der Remonstration (Vorstellung), § 85 Bag. Verf.

Von dem zuletzt genannten Rechtsmittel behauptet man gewöhnlich, dass es nur auf dem Gebiete des Verfahrens ausser Streitsachen und im Bagatellprocesse zulässig, dem älteren Civilprocesse aber unbekannt sei. Allein das ist sachlich unrichtig. Der Name Remonstration (Vorstellung) findet sich freilich im Civilprocesse, abgesehen von Bagatellsachen, nicht. Aber das Princip derselben ist in verschiedenen processualischen Anträgen ausgeprägt, deren Rechtsmittel-Charakter freilich gern übersehen wird. Hierzu gehört allerdings nicht der Widerspruch gegen den bedingten Zahlungsbefehl im Mahnverfahren. Denn schon die Erhebung desselben durch den Schuldner beseitigt den Zahlungsbefehl, ohne dass es erst noch einer Aufhebung durch den Richter bedürfte (§ 9 des Gesetzes vom 27. April 1873, R.G.B. No. 67).[3] Auch die Einwendungen gegen den Zahlungs- oder Sicherstellungsbefehl im Mandatsverfahren (§ 5 M.V. v. 1855, § 3 M.V. v. 1859, § 7 W.V.) können nicht hierher gezählt werden. Denn sie reichen über eine Vorstellung dagegen, dass der Richter mit dem ersten Decret über die Mandatsklage ein *mandatum de solvendo*, bezw. *de cavendo* verbunden habe, hinaus. Nicht, dass der Richter das Mandat zurücknehme und die reguläre Klagebeantwortung verordne, verlangt der Beklagte, sondern, dass er auf Grund der schon vorgelegten Klagebeantwortung und der sich hieran schliessenden regulären Verhandlung erkenne, die vom Kläger wider den Geklagten geltend gemachte Forderung bestehe nicht zu Recht. Endlich können auch die als aufgeforderte[4]) Klage zu behandelnden Einwendungen gegen eine Aufkündigung und gegen den Zurückstellungs- oder Zurücknahme-Auftrag in Bestandsachen (§ 6 und 11 des Best. Verf.) nicht hierher gezogen werden. Denn hier liegen genau genommen weder gerichtliche Entscheidungen noch Verfügungen vor. Die Thätigkeit

---

[3]) Nur wenn das Mahngesuch in einer Klage gestellt war, kommt es im Gefolge des Widerspruches zu einer neuerlichen Prüfung des klägerischen Anspruches in dem nun eingeleiteten Processe.

[4]) Ullmann, Das öst. C.P.R., 3. Aufl., S. 427.

des Gerichtes beschränkt sich lediglich auf die Beurkundung einer Parteihandlung, welche unter gewissen Voraussetzungen auch aussergerichtlich erfolgen kann (§§ 9, 10 Best. V.). Wohl aber darf das Princip der Remonstration (Vorstellung) gefunden werden in den sog. sachhindernden Processeinwendungen des ordentlichen Verfahrens *(exceptiones litis ingressum impedientes).*[5]) Dass man sie dennoch nicht als Rechtsmittel bezeichnet, hat darin seinen Grund, dass sie ein anticipirtes Stück des Einredevortrages sind und der Einredevortrag kein Rechtsmittel ist. Denn derselbe richtet sich der Hauptsache nach nicht gegen das den Process eröffnende Decret des Richters. Desto gewisser ist der Rechtsmittelcharakter der sog. remonstrativen Nichtigkeitsbeschwerde oder Nichtigkeitsanzeige, sowie der Vorrechtsklage § 9 Hfd. v. 19. November 1839, J.G.S. No. 383, für Tirol und § 84 A. (§ 137. W.) G.O., der sog. Oppositionsklage des Exequendus Hfd. v. 22. Juni 1836, J.G.S. No. 145, und der Exscindirungs-Klage des Dritten Hfd. v. 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889.

Was die C.P.O. für das Deutsche Reich anbelangt, so wurde schon oben angedeutet, dass sie es für nothwendig befindet, den Rechtsmittelbegriff *in terminis legis* zu definiren. Das dritte Buch dieses Gesetzes behandelt nämlich unter der Ueberschrift „Rechtsmittel“ nur die Berufung, die Revision und die Beschwerde, und bringt damit zum Ausdruck, dass diese allein als Rechtsmittel im legalen Sinne zu gelten haben. Die Motive (S. 38) rechtfertigen dies folgendermaassen:

„Im Entwurf werden unter Rechtsmitteln processualische Rechtsbehelfe verstanden, wonach Entscheidungen, welche die Rechtskraft noch nicht beschritten haben, vor einem höheren Richter angefochten werden. Damit scheiden aus der Reihe der Rechtsmittel die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Einspruch, die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage . . .“

Aber die Theorie ist an die Auffassung des Gesetzes nicht gebunden. Sie kann einen anderen, weiteren Be-

[5]) Vgl. den letzten Satz im ursprünglichen Texte des § 33 W.G.O.

griff des Rechtsmittels heranziehen, welcher auch noch andere, ähnlich wie die legalen Rechtsmittel functionirende, processualische Behelfe umfasst. Dass hierbei die allen unter den weiteren Begriff fallenden Rechtserscheinungen gemeinsamen Merkmale zusammenschrumpfen, ist selbstverständlich. Aus dem der deutschen C.P.O. zu Grunde liegenden Begriff des Rechtsmittels sind zwei denselben verengende Merkmale zu eliminiren. Das eine besteht darin, dass sich jedes Rechtsmittel gegen eine noch nicht rechtskräftige Entscheidung richten müsse. Das zweite darin, dass dem Rechtsmittel der Devolutiveffect wesentlich ist. Unter den durch diese Amputation erweiterten Begriff fallen ausser den legalen Rechtsmitteln der Berufung (§§ 472—506 C.P.O.), der Revision (§§ 507—529) und der Beschwerde (§§ 530—540) auch noch die Nichtigkeits- und Restitutionsklage zum Zwecke der Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 541—554),[6] die Klage zur Anfechtung des die Entmündigung aussprechenden Beschlusses des Amtsgerichtes im Falle der Geisteskrankheit (§ 605) und im Falle der Verschwendung (§ 624), die Klage zur Wiederaufhebung der Entmündigung im Falle der Geisteskrankheit (§ 620) und im Falle der Verschwendung (§ 626), die Klage zur Anfechtung eines Ausschlussurtheils im Aufgebotsverfahren (§§ 834, 835) und gewissermaassen auch die Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruches (§ 870); ferner der Einspruch gegen Versäumnissurtheile (§§ 303 bis 311) und gegen die Vollstreckungsbefehle im Mahnverfahren (§ 640); endlich im Vollstreckungsverfahren der Widerspruch gegen den Arrestbefehl oder eine einstweilige Verfügung (§§ 785, 792), die Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsclausel (§ 668), Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung und das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen (§ 685), die in Form der Klage geltend zu machenden Einwendungen in Betreff des Anspruches (§ 686, cf. 696), der in Form einer Klage geltend zu machende Wider-

[6]) Nicht der gegen eine gerichtliche Verfügung oder Entscheidung nicht gerichtete Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Nothfristen (§§ 211—216 der C.P.O.) als solcher.

spruch gegen den Theilungsplan im Vertheilungsverfahren (§§ 762, 764) und die Widerspruchs-Klage Dritter (§§ 690, 710).

Da die deutsche C.P.O. in mehreren unter den hier angeführten Fällen und insbesondere auch im § 690 von Widerspruch redet, so entsteht die Frage, ob sich mit diesem Ausdruck eine bestimmte qualificirte Unterart des allgemeinen Rechtsmittelbegriffes verbinden lässt.

Von einem Falle abgesehen, findet sich derselbe nur in dem achten die Zwangsvollstreckung regelnden Buch. Hier handelt der § 690 bezw. 710 von dem Widerspruch Dritter gegen die Zwangsvollstreckung bezw. Pfändung, der § 762 von dem Widerspruch gegen den vom Gericht angefertigten Theilungsplan, der § 781 von dem Widerspruch gegen die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides und der § 804 von dem Widerspruch gegen den den Arrest anordnenden Beschluss. Ausserhalb dieses Buches ist von Widerspruch nur noch im siebenten, vom Mahnverfahren handelnden, Buche die Rede. Hier ist es der § 634, welcher sich mit dem gegen den Zahlungsbefehl zulässigen Widerspruch beschäftigt. Wäre die Anschauung richtig, welche den Zahlungsbefehl für eine richterliche Verfügung erklärt, durch die ohne vorhergehendes Erkenntnissstadium das Executionsverfahren eingeleitet wird,[7]) dann liessen sich alle Fälle unter einen einheitlichen Gesichtspunkt bringen. Allein diese Auffassung ist unhaltbar, da nach heutiger Ansicht[8]) die Execution nicht schon mit dem Leistungsbefehl beginnt, dieser vielmehr in das Erkenntniss als Bestandtheil desselben aufgenommen wird und so nur den Uebergang vom Erkenntnissverfahren zur Zwangsvollstreckung vermittelt. Da erübrigt nichts anderes, als in diesem Widerspruch eine blosse Negation gegnerischer Behauptung zu erblicken, und nicht Abwehr einer vom Gericht getroffenen executorischen Maassnahme. Hierfür lässt sich auch der Wortlaut des Gesetzes anrufen. Denn der § 634 der deutschen C.P.O. spricht

---

[7]) Skedl, Mahnverfahren, S. 117.

[8]) Anders nach älterem öst. u. gem. Recht. Chorinsky, Executivprocess, S. 111.

nicht von einem Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl, sondern gegen den Anspruch oder einen Theil desselben. Und nach dem § 635 verliert der Zahlungsbefehl durch den blossen Widerspruch gegen den Anspruch oder einen Theil desselben seine Kraft.

Alle im achten Buche enthaltenen Widerspruchsfälle betreffen vom Gerichte verfügte Zwangsvollstreckungsmaassregeln, mit Ausnahme eines einzigen. Das ist der des § 781 C.P.O., welcher bestimmt, dass, wenn der Schuldner die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides bestreitet, von dem Gerichte durch Urtheil über den Widerspruch zu entscheiden sei. Eine Zwangsvollstreckungsmaassregel liegt hier noch nicht vor, sondern nur die vom Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend aufgestellte Behauptung, dass der Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet sei. Demgemäss hat auch hier der Widerspruch nur die Bedeutung der Negation, wie im Mahnverfahren.

So erübrigen für unsere Betrachtung nur der § 690 C.P.O., welcher die Zwangsvollstreckung zur Hereinbringung von Geldforderungen überhaupt, der § 710, welcher die Pfändung einer Sache, der § 762, welcher den vom Gericht angefertigten Theilungsplan, und der § 804, welcher den Beschluss, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, in's Auge fasst. Allen diesen Fällen ist charakteristisch, dass die executorische Maassregel ohne vorausgegangenes Gehör des Widersprechenden getroffen wurde und dass nicht der blosse Widerspruch den beabsichtigten Erfolg herbeiführt, sondern der Widersprechende zur Prüfung der rechtlichen Unzulässigkeit der executorischen Maassregel eine contradictorische Verhandlung anregen muss. Das kann nicht bezweifelt werden in denjenigen Fällen, in welchen der Widerspruch durch ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes auf den Klageweg gewiesen ist, wie im Falle des § 690, 710 und 762 (cf. § 764). Aber auch im Falle des § 804 C.P.O. dürfte das Gleiche gelten. Denn derselbe sagt ja, dass der dem Arrest-Beschluss Widersprechende den Gegner unter Mittheilung der Gründe, welche er für die Aufhebung des Arrestes geltend machen will, zur mündlichen Verhandlung zu laden

habe. Und der § 805, dass sodann über die Rechtmässigkeit des Arrestes durch Endurtheil zu entscheiden sei.

Schliesslich ist noch die Frage aufzuwerfen, ob es von Werth ist, den Exscindirungs-Anspruch zu dem allgemeineren Begriff des Rechtsmittels in Beziehung zu bringen.

M. E. ist sie zu bejahen. Denn nichts scheint mir die theoretische Erkenntniss unseres Anspruches besser zu fördern, als wenn man bei seiner Betrachtung alle diejenigen Momente, welche einem Rechtsmittel überhaupt wesentlich sind, mit in's Auge fasst. Einige Andeutungen werden genügen, das Gesagte zu illustriren.

Man fragt vor Allem, was für obrigkeitliche Entscheidungen und Verfügungen durch dieses oder jenes Rechtsmittel angefochten werden können. Bei der Exscindirungs - Klage handelt es sich um executorische Verfügungen von bestimmter Art, durch welche ein Vermögensstück erfasst wurde, welches nicht zu dem Vermögen des Exequendus gehört. Und die Obrigkeit, von der sie ausgegangen sein müssen, ist das Gericht, bezw. ein Abgeordneter desselben oder (im Deutschen Reiche) der Gerichtsvollzieher.

Die nächste Frage ist, was das Rechtsmittel bezwecke, die Aufhebung oder die Abänderung der Verfügung? Die Exscindirungs-Klage ist ein blos cassatorisches, nicht ein reformatorisches Rechtsmittel. Vgl. oben § 5.

Wer ist zur Einlegung des Rechtsmittels befugt? Als Exscindirungs-Kläger kann nur auftreten ein Dritter, der behauptet, durch die Verfügung in der im Hofdecret v. 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889. bezw. im § 690 C.P.O. näher bezeichneten Art tangirt zu sein.

Welches ist die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels? Abweichend von anderen Rechtsmitteln ist sie bei der Exscindirungs-Klage, wie oben im § 8 ausgeführt wurde, auch rücksichtlich ihrer Dauer relativ bestimmt.

Der Suspensiv-Effect fehlt der Exscindirungs-Klage. Aber er kann vermittelst des sogen. Sistirungsgesuches unter gewissen Voraussetzungen, von denen unten im § 19 die Rede sein wird, herbeigeführt werden.

Auch, was den Devolutiv-Effect betrifft, gilt bei der Exscindirungs-Klage eine Besonderheit. Es liegt ihr, wie bemerkt, der Gedanke der Remonstration (Vorstellung) zu Grunde. Zu deren Wesen als eines nicht devolutiven Rechtsmittels gehört, dass der *judex a quo* auch *judex ad quem* ist. Aber es widerspricht nicht ihrer Natur, sie gegen eine Verfügung des Abgeordneten eines Gerichtes zuzulassen an das Gericht, welches ihn abgeordnet hat. Das thut z. B. die österreichische Concursordnung, indem sie in dem § 257 eine Vorstellung wider Verfügungen des Concurs-Commissars an das Concursgericht, welches ihn bestellt hat, zulässt. Das Exscindirungs-Recht geht noch weiter, indem hier, wie unten im § 15 des Näheren gezeigt werden soll, die Competenz des Rechtsmittelgerichtes zumeist unabhängig von demjenigen staatlichen Organ geordnet ist, dessen Verfügung der Dritte entgegentritt.

Auf erweiterter und umfassender Grundlage wird die angefochtene Verfügung überprüft. Dem Dritten, welcher bisher keine Gelegenheit hatte, sich vernehmen zu lassen, und darum auch dem Executionsführer, ist es gestattet, neue Thatsachen anzubringen, aus denen sich die Nicht-Zugehörigkeit oder Zugehörigkeit des saisirten Vermögensstückes zu dem Vermögen des Exequendus ergiebt. Es ist aber auch zulässig, darzuthun, dass die executorische Verfügung schon auf der ursprünglichen Grundlage (z. B. die Sache befand sich nicht bei dem Exequendus) ungesetzlich war.

Das Verfahren bei der Exscindirung hat die Form eines Civilprocesses, in welchem um die materielle Rechtmässigkeit der angefochtenen executorischen Verfügung gestritten wird. Vgl. unten § 13. Aus diesem Grunde kommen hier unter Anderem die gewöhnlichen Regeln über die Vertheilung der Beweislast zur Anwendung.

§ 10.

Begründung dieses Rechtsmittels.

Es hat sich ergeben, dass die Exscindirungs-Klage ein Rechtsmittel ist, durch welches eine gegen ein bestimmtes Vermögensstück gerichtete executorische Maassregel von dem hieran interessirten Dritten aus dem Grunde angefochten wird, weil es nach seiner Meinung dem materiellen Rechte widerspricht, dass zum Zwecke der Hereinbringung der vorliegenden Geldforderung gerade auf dieses Vermögensstück gegriffen würde.[1]) Doch steht dieses Rechtsmittel nach positivem Rechte nicht jedem an der Exscindirung rechtlich interessirten, sondern nur demjenigen Dritten zu, dessen Interesse an der Freigebung unter den § 3 des Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, bezw. unter den § 690 der C.P.O. für das Deutsche Reich subsumirt werden kann.

So kommt es, dass in dem Exscindirungs-Verfahren zwei, insbesondere im Geltungsgebiete der C.P.O. für das Deutsche Reich mit einander innig verwachsene Fragen verhandelt werden müssen, die Frage, ob der Executionssucher berechtigt war, auf das saisirte Vermögensstück zu greifen und die Frage, ob der Dritte hierdurch in seinem Besitz, Eigenthum oder anderen Rechten gekränkt ist, bezw. ob demselben ein die Veräusserung dieses Vermögensstückes hinderndes Recht zustehe.[2]) Nach dem von mir in vorliegender Arbeit Ausgeführten liegt das Schwergewicht auf der ersten Frage, wenn

[1]) In dem Sammlung XXI, No. 9257 erwähnten Falle ist eine Exscindirungs-Klage nicht am Platze. Hier wäre durch eine einfache Nichtigkeitsbeschwerde abzuhelfen gewesen.

[2]) Diese beiden Fragen werden in beachtenswerther Klarheit auseinander gehalten in der E. des österr. obersten Gerichtshofes v. 10. Juli 1890, Z. 6764, Nowak, Entscheidungen, Bd. 5, IV, No. 293.

auch das positive Recht, über die Natur der Exscindirung im Unklaren, sich nur mit der zweiten Frage zu beschäftigen scheint. Das wird kaum bestritten werden, dass beide Fragen nach materiellem Rechte zu beurtheilen sind. Demgemäss ist für sie in Oesterreich das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch sowie die dasselbe ergänzende Gesetzgebung materiellen Inhaltes und im Deutschen Reiche das Landesrecht maassgebend.

Ungenau ist es, die erste Frage dahin zu formuliren, ob das saisirte Vermögensstück zu dem Vermögen des Exequendus gehöre. Denn es handelt sich immer darum, ob dasselbe Bestandtheil des der Execution ausgesetzten Vermögens des Schuldners ist. Aber auch hierbei sind als Gegensatz nicht Vermögensbestandtheile zu denken, welche im Interesse des Exequendus der Execution entzogen sind, sogen. Competenzstücke, auf deren Exemtion von amtswegen Bedacht zu nehmen ist, sondern Vermögensbestandtheile, die im Interesse eines Dritten von der Execution verschont bleiben sollen. Es wird gewöhnlich verkannt, dass auch abgesehen von den Competenzstücken das der Execution unterworfene Vermögen des Exequendus sich keinesfalls mit seinem Vermögen im Allgemeinen vollständig deckt. Es giebt Vermögensbestandtheile, welche genau genommen zu dem Vermögen eines Dritten gehören, in der Executionsführung aber so behandelt werden, als ob sie dem Exequendus gehörten. Und umgekehrt giebt es Vermögensbestandtheile, welche in die Vermögenssphäre des Exequendus hineinfallen und doch im Interesse Dritter der Executionsführung gegen ihn nicht unterzogen werden dürfen. Ein einfaches Beispiel für die hier berührte rechtliche Erscheinung bietet der Art. 368 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches. Nach demselben gilt in dem Verhältniss zwischen dem Committenten und dem Commissionär oder dessen Gläubigern die von dem Letzteren wider Dritte aus einem Commissionsgeschäfte erworbene Forderung, auch noch bevor sie dem Committenten abgetreten ist, als Forderung nicht des Commissionärs sondern des Committenten.[3]) Ein anderes Beispiel ist der E.

[3]) Laband, Goldschmidt's Zeitschr., Bd. 9, S. 457. Grünhut, Commissionshandel, S. 336, 337.

des Reichsgerichtes vom 27. Mai 1886, 6. Civilsenat, Entsch. Bd. 16, No. 84 zu entnehmen. Dort ist darauf hingewiesen, „dass nach hamburgischem Particularrecht das gesammte Vermögen der Ehefrau, abgesehen von einer hier nicht in Betracht kommenden Ausnahme, der Zwangsvollstreckung aus solchen Entscheidungen unterliegt, durch welche der Ehemann zu einer Geldzahlung verurtheilt ist, und zwar selbst dann, wenn die Gütergemeinschaft unter den Ehegatten vertragsmässig ausgeschlossen ist."

Die zweite Frage wurde bereits oben S. 85, 86 in einem anderen Zusammenhange erörtert. Das dort gewonnene Ergebniss geht, wenn wir von der sich auf den „Besitz" des Dritten stützenden Exscindirungs-Klage des österreichischen Rechtes absehen, dahin, dass im Sinne des § 690 der deutschen C.P.O. und umsomehr auch im Sinne des § 3 des österreichischen Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, der Dritte zur Exscindirungs-Klage legitimirt ist:

1. Wenn er selbst der Eigenthümer — dieses Wort in der uneigentlichen, von der romanisirenden Doctrin verworfenen Bedeutung gebraucht — des saisirten Vermögensstückes ist, also der Eigenthümer der gepfändeten körperlichen Sache im Sinne des römischen Rechtes, der Gläubiger der gepfändeten Forderung u. s. w.

2. Wenn ihm ein anderes dingliches Recht an dem saisirten Vermögensstück zusteht und dieses frei von jener Belastung veräussert werden soll. Natürlich kann er hier Freigebung nur erwirken, soweit sich sein Recht erstreckt. Doch reicht sein Pfandrecht zu diesem Zwecke nur aus, wenn er sich auch im Besitze der Pfandsache befindet.

3. Wenn zu seinen Gunsten auf dem Vermögensstück ein Veräusserungsverbot mit dinglicher, bezw. absoluter Wirksamkeit lastet.

Im Folgenden sollen wichtigere, der in dieser Beziehung überreichen österreichischen Praxis entnommene Exscindirungs-Fälle betrachtet werden.

Als die einfachsten erscheinen diejenigen, in denen der Executionssucher auf ein angeblich dem Exequendus gehöriges

Vermögensstück greift, welches in Wahrheit nicht diesem, sondern dem Dritten gehört. Das kann sein Eigenthum an einer körperlichen Sache, ein *jus in re aliena*, aber auch, wie oben S. 24 dargethan wurde, ein *nomen* und ein sog. Immaterialrecht. Es liegt hier ein, aber nur zum Exscindirungs-Zweck geführter Streit zweier Rechtsprätendenten vor, jedoch mit der Modification, dass nur der Exscindirungs-Kläger das Recht sich selbst, der Exscindirungs-Beklagte dagegen es dem Exequendus zuschreibt.

Zumeist ist dieses Recht Eigenthum an einer beim Exequendus gepfändeten (körperlichen) Sache. Hier liegt dem Dritten, weil die thatsächliche Situation zur Zeit der Pfändung für das Eigenthum des Exequendus spricht,[4]) der Beweis dafür ob, dass Letzterer zur Zeit des executorischen Angriffs nicht der Eigenthümer der Sache war. Sonst wird wohl die Beweislast umgekehrt den Executionssucher treffen. Vom Dritten wird der Beweis indirect geführt in der Art, dass er darthut, dass in dem genannten Zeitpunkt die Sache in seinem Eigenthum stand, woraus dann, da in einem und demselben Zeitpunkt eine Sache nicht im Eigenthum zweier Personen stehen kann, gefolgert wird, dass sie zur Zeit der Pfändung Eigenthum des Exequendus nicht war. Praktisch liegt hier das Hauptgewicht auf dem Beweise des Hilfsbeweissatzes. Darum erinnert eine derartige Exscindirungs-Klage an die Eigenthums-Klage.[5]) Hier wie dort hat nämlich der Kläger zu beweisen, dass er, und zwar im Exscindirungs-Falle noch vor der Pfändung, Eigenthum an der Sache erworben habe. Aber der Unterschied[6]) in der Beweisführung bei der Eigen-

[4]) Vgl. E. des Oberappellationsgerichtes Darmstadt vom 24. April 1847, Seuffert Arch., Bd. 11, No. 316 und des obersten Gerichtshofes für Bayern vom 16. März 1872, Sammlung, Bd. 2, No. 32.

[5]) Dass die oben in's Auge gefasste Exscindirungs-Klage nicht unter den Begriff der Eigenthums-Klage im technischen Sinne *(rei vindicatio, negatoria in rem actio)* falle, habe ich in meiner Abhandlung in Grünhut's Zeitschr., Bd. 13, S. 298—313 dargethan. Vgl. auch v. Canstein, Compendium, Bd. 2, S. 580. Dagegen insbes. Frommhold, Die Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung.

[6]) Wäre sie eine Eigenthumsklage, so könnten z. B. die Eigenthümer

thums-Klage und bei der auf Eigenthum gestützten Exscindirungs-Klage springt sofort in die Augen, wenn man an die Abwehr derselben denkt. Der mit der Eigenthums-Klage Belangte kann behaupten, seinerseits Eigenthümer der Sache (geworden) zu sein, sog. *exceptio recentioris dominii*; dem Exscindirungs-Beklagten ist diese Vertheidigung benommen. Er kann sich nur darauf berufen — und das ist das contradictorische Gegentheil des eigentlichen Beweisthemas des Exscindirungs-Klägers —, dass der Exequendus dennoch Eigenthümer der Sache war, bezw. noch sei.[7]) Dass sich beide Streittheile Eigenthum zuschreiben, kann also im Exscindirungs-Process nicht vorkommen. Vielmehr stellt er sich dar als ein Streit *de jure tertii*, nämlich darüber, ob Exequendus, also eine Person, die an dem Processe als Partei gar nicht betheiligt ist, Eigenthümer war bezw. ist, oder nicht. Allerdings kann auch der Eigenthumsbeklagte die Eigenthumsklage damit bekämpfen, dass nicht der Kläger, sondern ein Anderer Eigenthümer sei. Aber in unserem Falle liegt die Sache doch erheblich anders. Hier tritt schon der Exscindirungs-Kläger mit der Behauptung auf, die Sache gehöre nicht dem Exequendus. Indem der Exscindirungs-Kläger sein Eigenthum nur zu dem Zwecke beweist, um das Eigenthum des Exequendus auszuschliessen, geht die Spitze seiner Beweisführung materiell gegen den Exequendus, der im Exscindirungs-Streit gar nicht Partei ist. Aber nur materiell! Denn formell richtet sie sich wie immer gegen den Processgegner, den Exscindirungs-Beklagten. Daraus folgt, dass ein aussergerichtliches

---

mehrerer mittelst eines Executionsactes irrthümlich gepfändeter Sachen eine cumulirte Exscindirungs-Klage nur dann anstellen, wenn zwischen den mehreren Erwerbsthatbeständen der von § 4 G.O. geforderte Zusammenhang obwaltet. Mit Recht hat aber der oberste Gerichtshof in der E. vom 9. August 1887, Z. 9146, Sammlung, XXV, No. 11698, erkannt, dass der einheitliche Pfändungsact für sich allein schon die Cumulirung rechtfertigt.

Ausserdem zeigt sich die Verschiedenheit, wenn während des Exscindirungs-Processes der behauptete Rechtsgrund des Eigenthumserwerbes geändert werden will. v. Canstein, a. a. O. Anm. 120a.

[7]) Vgl. z. B. E. v. 21. October 1880, Z. 10340, Sammlung, XIX, No. 8146; v. 26. April 1877, Z. 2623, Sammlung, XV, No. 6462.

Geständniss oder Anerkenntniss dem Kläger nur dann vortheilhaft ist, wenn es vom Executionsführer, nicht, wenn es vom Exequendus abgegeben wurde. Unrichtig ist daher die E. des österr. obersten Gerichtshofes vom 14. December 1876, Z. 9661, Sammlung XIV, No. 6319, wo der Exscindirungs-Klage der Ehegattin Statt gegeben wurde auf Grund eines fünfzehn Monate vor der Pfändung errichteten Notariatsactes, in welchem der nachmals exequirte Ehegatte bestätigt, dass die Mobilien von der Ehegattin beigestellt, mit ihrem Gelde bezahlt und daher ihr volles, unbestrittenes Eigenthum seien.

Gewöhnlich beruft sich der Exscindirungs-Kläger auf einen der executiven Pfändung vorausgegangenen Traditionsact, sei es, dass ihm von dem Exequendus, sei es, dass ihm von einem Extraneus zu Eigenthum tradirt worden ist.[8]) Es muss aber eine der im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten „Arten der Uebergabe“ vorhanden gewesen sein,[9]) also entweder die körperliche Uebergabe nach § 426[10]) oder die Uebergabe durch „Zeichen“ insbesondere Urkunden nach § 427[11]) oder die Uebergabe durch „Erklärung“ nach § 428[12]) oder die fictive Uebergabe durch „Uebersendung“ nach § 429.[13])

---

[8]) Der Charakter der Exscindirungs-Klage als eines Rechtsmittels fordert, dass der Dritte in derselben alle Gründe, welche ihm zur Anfechtung der executorischen Maassregel dienlich scheinen, anbringe, bei sonstiger Präclusion der versäumten. Auf diesem Gedanken beruht wohl die E. des obersten Gerichtshofes v. 27. October 1871, Z. 11696, Sammlung, IX, No. 4288. Hier exscindirt der Kläger auf Grund seines *expressa causa* geltend gemachten Eigenthums und wird abgewiesen; der neuerlichen, auf Grund anderer Titel angestrengten Exscindirungs-Klage wird wegen *res judicata* mit Recht nicht stattgegeben. Wären die beiden Klagen Eigenthumsklagen, dann wäre das richtig, was E. Demelius, Zur Lehre von der Rechtskraft des Civilurtheils, S. 88, gegen die Entsch. des obersten Gerichtshofes einwendet.

[9]) Zu unbestimmt ist die Substantiirung, Sammlung, VIII, No. 3861; XXIV, No. 10929.

[10]) E. vom 8. Mai 1879, Z. 3764, Sammlung, XVII, 7452; v. 18. Mai 1881, Z. 3257, Sammlung, XIX, No. 8397; v. 3. Juli 1879, Z. 6270, Sammlung, XIX, No. 8640.

[11]) E. v. 22. November 1881, Z. 12631, Sammlung, XXI, No. 9770 unrichtig; v. 15. April 1885, Z. 1691, Sammlung, XXIII, 10523.

[12]) E. v. 6. November 1879, Z. 10437, Sammlung, XIX, No. 8696;

Die grösste Schwierigkeit macht der Beweis, dass beim Schuldner vorgefundenes Baargeld nicht Eigenthum desselben sei. Dies aus folgendem Grunde. Vermengt der Schuldner das fremde Geld mit seinem eigenen, so wird er in aller Regel dessen Eigenthümer. Nur zwei Momente hindern seinen Eigenthumserwerb. Es müssen Umstände vorliegen, welche die individuelle Erkennbarkeit der Geldstücke sichern und seinen guten Glauben beim Erwerb ausschliessen (§ 371 des allg. bgl. Gb.). Ist die fremde Geldmenge noch unvermischt vorhanden, dann ist der Eigenthumserwerb schon ausgeschlossen, wenn Umstände vorhanden sind, welche die individuelle Erkennbarkeit derselben sichern (§ 370 des allg. bgl. Gb.).[14] Natürlich kommt es immer auf die Sachlage zur Zeit der executiven Wegnahme (Baargeldpfändung) an, wenngleich sich die Geldstücke zur Zeit der Klageführung im gerichtlichen Depositenamte in gemeinschaftlicher Verwahrung befinden.[15]

Auch bei der auf Eigenthum des Klägers gestützten Exscindirungs-Klage kann der bei der *Publiciana in rem actio* zureichende Beweis den Eigenthumsbeweis ganz ebenso ersetzen, wie bei der eigentlichen Eigenthumsklage.[16] Haben also der Exscindirungs-Kläger und der Exequendus einen gleichen Titel ihres echten Besitzes, so gebührt dem Letzteren (und damit dem Executionsführer) der Vorzug, *arg.* § 374 des allg. bgl. Gesetzbuches. Umsomehr muss dasselbe gelten, wenn der Belangte gegenüber dem erbrachten Klagebeweis publicianischen Rechtes wahres Eigenthum des Exequendus nachzuweisen vermag.[17]

---

v. 28. Juni 1883, Z. 6551, Sammlung, XXI, No. 9502; vom 21. October 1885, Z. 8336, Sammlung, XXIII, No. 10756; v. 21. December 1886, Z. 14806, Sammlung, XXIV, No. 11304 und v. 1. December 1885, Z. 12387, Sammlung, XXIV, No. 11383.

[13]) Randa, Eigenthumsrecht, S. 280.

[14]) Vgl. Sammlung, XIV, No. 5996; XVI, No. 6849, 7178; XIX, No. 8556; XXIII, No. 10634.

[15]) Sammlung, XVI, No. 6849, 7178.

[16]) E. des obersten Gerichtshofes vom 2. Juni 1881, Z. 4704, Sammlung, XIX, 8414 und vom 21. Mai 1884, Z. 2961, Sammlung, XXIII, 10859.

[17]) Pfaff, Riehl's Spruchpraxis, Jahrg. 6 (1889) S. 369, 370.

Im Exscindirungs-Fall giebt es aber noch eine andere Erleichterung der sog. *probatio diabolica.* Diese ihre Eigenschaft ist bis zum heutigen Tage unerkannt geblieben. Um sie klar zu stellen, muss etwas weiter ausgeholt werden.

Eine bekannte Streitfrage geht dahin, ob die Freigebung dadurch herbeigeführt werden könne, dass im Exscindirungs-Processe dargethan wird, es sei der Exequendus obligatorisch verpflichtet, die bei ihm gepfändete Sache dem Dritten herauszugeben.

M. E. muss man hier unterscheiden, ob die Sache zu dem Vermögen des Exequendus gehört oder nicht.

Nehmen wir zunächst an, die Sache gehöre zu dem Vermögen des Exequendus, sei z. B. dessen Eigenthum. In diesem Falle steht seine rein persönliche Verpflichtung, die in seinem Vermögen steckende Sache aus demselben herauszuziehen und in das Vermögen des Dritten gelangen zu lassen, so lange als der in Aussicht stehende Uebergang aus dem einen Vermögen in das andere nicht realisirt ist, der Execution in das fragliche Vermögensstück bei dem Obligirten nicht im Wege, auch wenn der Executionssucher von dieser Verpflichtung Kenntniss haben sollte.[18] Unter dieser Voraussetzung kann man allerdings sagen, ein obligatorisches Recht des Dritten gegen den Exequendus sei kein ausreichendes Fundament der Exscindirungs-Klage. Auf diesem Standpunkt steht z. B. die E. des österr. oberst. Gerichtshofes vom 26. Juli 1883, Z. 8527, Sammlung, XXI, No. 9525.[19] Damals wurde die executive Sequestration der Früchte eines von dem Exequendus gepachteten Grundstückes vollzogen, welcher ein Dritter aus dem Grunde wider-

[18]) Auch für das preuss. R. begründet der Umstand, dass dem Executionssucher bei Vornahme der Vollstreckung ein persönliches Recht des Dritten zur Sache *(jus ad rem)* bekannt war, nicht die Freigebung, da die Voraussetzung der §§ 3—6, I, 19, A.L.R., die Constituirung sowohl des persönlichen Rechtes des Einen wie des späteren dinglichen Rechtes des Anderen durch Rechtsgeschäft mit dem Schuldner, hier nicht gegeben ist. E. des Obertribunals vom 14. Juni 1855, Striethorst Arch., Bd. 18, S. 58.

[19]) Vgl. auch E. des obersten Gerichtshofes für Bayern v. 10. April 1878, Bd. 7, No. 86.

sprach, weil ihm Exequendus noch vor der Sequestration die stehenden Früchte verkauft hatte. Auch die E. des (deutschen) Reichsgerichtes vom 18. März 1887, 3. Civilsenat, Entsch. Bd. 18, No. 78 gehört in diesen Zusammenhang.[20]) Damals wurde nach § 714 der deutschen C.P.O. die Frucht auf dem Halme gepfändet, vom Dritten jedoch behauptet, dass schon vorher Exequendus die Ernte ihm verkauft habe.

Der andere Fall ist der, dass das obligatorische Recht des Dritten auf Herausgabe einer nicht zu dem Vermögen des Exequendus gehörigen Sache gerichtet ist. Z. B. der Dritte hat die Sache bei dem Exequendus hinterlegt, sie ihm geliehen, vermiethet u. s. w. Wach, Feststellungsklage, S. 21, scheint anzunehmen, dass hier das obligatorische Verhältniss für sich allein die Freigebung rechtfertigt.[21]) Nach meinem Dafürhalten ist diese Ansicht unrichtig. Allerdings kommt es regelmässig zur Freigebung, wenn der Dritte beweist, dass er die Sache bei dem Exequendus hinterlegt oder sie ihm geliehen habe. Allein dieser Effect beruht auf einem tiefer liegenden, und darum nur bei eindringender Betrachtung erkennbaren Grunde. Er besteht darin, dass in der grossen Regel der Depositar, Commodatar u. s. w. nicht Eigenthümer der hinterlegten, der geliehenen Sache ist. Mit anderen Worten: Den Beweis, dass Exequendus Eigenthümer der gepfändeten Sache nicht sei, kann der Dritte auch dadurch erbringen, dass er beweist, sie bei ihm deponirt,[22]) ihm commodirt zu haben. Nicht anders ist wohl der auch auf die Execution des deutschen Rechtes zu beziehende § 35 der Concursordnung für das

[20]) Unrichtig E. des O.L.G. Cassel vom 26. Juni 1882, Seuffert Archiv, Bd. 37, No. 355, welches annimmt, dass dem exequirten Pächter nur das Recht auf Aberntung, also ein *nomen* abgepfändet sei, welches zur Zeit der Pfändung nicht mehr ihm, sondern dem Käufer zustand.

[21]) Siehe auch E. des österr. obersten Gerichtshofes vom 31. August 1880, Z. 9862, Sammlung, XIX, No. 8780; und vom 16. Mai 1882, Z. 5262, Sammlung XX, No. 8986. Ferner O.L.G. Hamburg vom 5. October 1882, Seuffert Archiv, Bd. 39, No. 272 und Dresden v. 20. März 1884, Wengler's Archiv, 1880, S. 264.

[22]) E. des österr. obersten Gerichtshofes vom 10. Juli 1890, Z. 6764, Nowak, Entsch., Bd. 5, IV, No. 293.

Deutsche Reich zu verstehen. Seine Fassung ist sehr bezeichnend. Denn er lautet: „Die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Concursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechtes u. s. w.“ Die Probe auf das hier Gesagte liegt nahe. Man braucht nur an den von R. B. Schmidt, Zeitsch. f. d. C.P., Bd. 17, S. 416, gesetzten Fall zu denken: Der Dritte hat vom Exequendus ein in dessen Eigenthum stehendes Musikinstrument auf ein halbes Jahr gemiethet, ihm dasselbe jedoch während dieser Zeit zum vorübergehenden Gebrauch auf wenige Tage geliehen. Während der paar Tage wird es beim Exequendus gepfändet. Der Dritte erhebt auf Grund des Leihvertrages die Exscindirungs-Klage, der Executionssucher führt jedoch den Beweis des Eigenthums des Exequendus. Hier nützt dem Dritten die *actio commodati* für den Exscindirungs-Zweck Nichts.

Wenn der Exscindirungs-Kläger sein, das Eigenthum des Exequendus ausschliessendes Eigenthum an der saisirten Sache dadurch zu erweisen sucht, dass er sich auf seinen derivativen Erwerb desselben, z. B. durch kaufrechtliche Tradition, beruft, so kann der Autor sein entweder der Exequendus oder ein Extraneus oder der Executionsführer. Steht nun dem Kläger für den Erwerbsthatbestand (Kaufvertrag, Eigenthumstradition) kein anderes Beweismittel zu Gebote als die Eidesdelation, so ergeben sich, wenn der Verkäufer eine vom Excindirungs-Beklagten verschiedene Person ist, gewisse Schwierigkeiten, die mit der eigenthümlichen Gestaltung des Haupteides im positiven österreichischen Rechte zusammenhängen. Die fraglichen Handlungen des Verkäufers sind dem Executionssucher regelmässig fremd, was schon daraus zu entnehmen ist, dass er auf die beanspruchte Sache Execution führt. Die Gerichtsordnung gestattet freilich, dass demjenigen, welcher im eigenen Namen Process führt, der Haupteid nicht nur über seine eigenen, sondern auch über fremde Handlungen aufgetragen werde (§ 207 A. 280 W. G. O.). Allein die Praxis versteht diese Erlaubniss nur mit einer wichtigen Beschränkung. Letztere folgt nothwendig aus der Bedeutung, welche man ge-

meiniglich dem Eide des Delaten beimessen zu müssen glaubt. Nach dem § 206 A. 279 W.G.O. wird dem Executionsführer in unserem Falle zugemuthet, dem Erwerbsthatbestand „seines Wissens und Erinnerns" eidlich zu widersprechen. Wäre damit gesagt, dass er einen blossen Nicht-Wissenseid abzulegen habe (er wisse nicht, ob sich der Thatbestand zugetragen habe oder nicht), dann würde freilich obige Gestattung schrankenlos gelten. Allein die herrschende Lehre legt dem Eide des Delaten ernstere Bedeutung bei. Sie betrachtet ihn, wie z. B. in den Entscheidungen des österr. obersten Gerichtshofes vom 4. April 1877, Z. 194, Sammlung, IX, No. 4553 und vom 4. December 1877, Z. 8882, Sammlung, XV, No. 6682 hervorgehoben ist, als eine eidliche Ableugnung eines Thatbestandes, von welchem der Delat in der Lage war, sich zu überzeugen, an dessen Eintritt er aber trotzdem sich nicht erinnert, so dass er . . . Ursache hat, das Nicht-Eingetretensein desselben für wahr zu halten. Hieraus folgt, dass die Eidesdelation nicht über alle fremden Thatsachen zulässig ist, sondern nur über solche, von denen der Delat in der Lage ist, sich zu überzeugen. Er soll den Thatsachenbehauptungen des Deferenten nachgehen und wegen deren Richtigkeit Nachforschungen halten. Wenn ihm aber von vornherein kein Weg zu diesem Behufe zu Gebote steht, so darf er die Eidesdelation recusiren. Und das ist gewiss der Fall, wenn die Erzählung des Deferenten so allgemein lautet, dass aus derselben beispielsweise weder die Person, von welcher, noch die Zeit, wann, noch der Ort, wo, noch der Preis, um welchen die Sache gekauft wurde, erhellt. Diese Auffassung liegt ausser den oben angeführten noch den in Note [23]) verzeichneten Entscheidungen des österr. obersten Gerichtshofes zu Grunde.



[23]) E. v. 4. April 1878, Z. 382, Sammlung, XVI, No. 6903; vom 23. Mai 1878, Z. 2394, Sammlung, XVI, No. 6993; vom 22. November 1877, Z. 8178, Sammlung, XVII, 7745; v. 30. August 1880, Z. 7596, Sammlung, XVIII, No. 8069; vom 30. November 1881, Z. 11406, Sammlung, XIX, No. 8570; v. 23. Mai 1884, Z. 4996, Sammlung, XXII, 10049; v. 25. Februar 1885, Z. 1208, Sammlung, XXIII, No. 10443; v. 11. November 1885, Z. 11823, Sammlung, XXIII, No. 10787; aber E. v. 17. November 1886, Z. 12302, Sammlung, XXIV, No. 11249.

Wenn der Exscindirungs-Beklagte eine juristische Person[24]) ist, so erwächst dem Exscindirungs-Kläger noch eine weitere Aufgabe. Bei dem Bestande des in das Judicatenbuch des obersten Gerichtshofes sub No. 78 eingetragenen Rechtssatzes (vgl. oben S. 6—19) ereignet es sich in der Praxis recht häufig, dass im Zuge der politischen Execution die Exscindirungs-Klage gegen das Aerar angestrengt wird. Die Handlungen der Processführung müssen selbstverständlich für die juristische Person von einer physischen vorgenommen werden. Aber diese physische Person kommt hier nur als Organ der juristischen in Betracht, die juristische handelt vermittelst derselben als ihres Organs, also selbst. Daher erfolgt hier die Eidesdelation nicht an die physische Person als solche, sondern an die juristische. Der Fall, dass einem nicht im eigenen Namen, sondern für einen Dritten Process führenden Delaten der Eid aufgetragen ist, wie ihn der § 207 A. 280 W.G.O. vor Augen hat, liegt hier nicht vor. Und darum kann auch von einer Beschränkung der Eidesdelation auf eigene Handlungen der Process führenden physischen Person nicht die Rede sein. Das schon darum nicht, weil es ja nicht immer die Process führende physische Person ist, welche für die juristische auch den Parteieid ablegt. Es gilt in unserer Praxis (Spr. R. No. 7 [Exscindirungs-Process] und 65, vgl. § 32 Summarverfahren) als etwas feststehendes, dass es Sache des Deferenten ist, die physische Person zu benennen, welche für die juristische den delatischen Haupteid abzulegen hätte. Hierbei muss er sich zweierlei vor Augen halten. Einmal, dass die zu bezeichnende Person dem Organismus der juristischen Person angehören, und zweitens, dass sie sich auch in der Lage befinden müsse, über das Beweisthema die nöthigen Erkundigungen einzuholen.[25])

---

[24]) Auch wenn der Exscindirungs-Beklagte ein Concursmasseverwalter ist, ergiebt sich die im Texte erörterte Schwierigkeit. Die E. v. 3. August 1875, Z. 7126, Sammlung, XIII, No. 5819 gestattet, ihm den Eid über fremde Handlungen zuzuschieben, die E. v. 24. Juni 1880, Z. 6587, Sammlung, XVIII, No. 8029 dagegen nicht.

[25]) Vgl. E. des österr. obersten Gerichtshofes v. 15. September 1875,

Der Umstand, dass der Exscindirungs-Kläger die Sache „mit seinem eigenen Gelde“ gekauft habe, kann durch Eidesdelation nicht bewiesen werden. Denn diese ist nach dem Hofdecrete vom 18. Februar 1846, J. G. S., No. 935 und dem § 275 W. G. O. nur über Thatsachen, und niemals über Rechtsbegriffe zulässig und in dem Zusatz „mit seinem eigenen Gelde“ steckt ein juristisches Urtheil complicirtester Art.[26])

Wird die auf das Eigenthum des Dritten gestützte Exscindirungs-Klage erst angestellt in einem Zeitpunkte, in welchem der bei der executiven Feilbietung für die Sache erzielte Erlös bereits im gerichtlichen Depositenamt erliegt, so ist Folgendes zu bemerken. Gegenwärtig wird die in Baargeld,[27]) bezw. in Papiergeld oder Scheidemünze[28]) eingehende Baarschaft nicht mehr in einem abgesonderten Umschlag, sondern mit anderen Baarschaften gemeinschaftlich aufbewahrt. Für den Staat besteht seitdem nicht mehr die Verpflichtung zur

Z. 7748, Sammlung, XIII, No. 5854; v. 6. August 1878, Z. 4763, Sammlung, XVI, No. 7102; v. 16. October 1879, Z. 10821, Sammlung, XVII, No. 7610; v. 3. August 1880, Z. 7208, Sammlung, XVIII, No. 8052; v. 28. September 1881, Z. 9121, Sammlung, XIX, No. 8510; v. 11. Januar 1882, Z. 13909, Sammlung, XX, No. 8829; v. 8. November 1882, Z. 7265, Sammlung, XX, No. 9171; v. 22. November 1883, Z. 11217, Sammlung, XXI, No. 9665; v. 18. Juni 1884, Z. 5980, Sammlung, XXII, No. 10081; v. 27. October 1885, Z. 11596, Sammlung, XXIII, No. 10761; v. 11. November 1885, Z. 11823, Sammlung, XXIII, No. 10787: v. 27. Januar 1886, Z. 650, Sammlung, XXIV, No. 10915; v. 25. Februar 1886, Z. 538, Sammlung, XXIV, No. 10953; v. 17. September 1885, Z. 9253, Sammlung, XXV, No. 11942.

[26]) Vgl. z. B. E. v. 22. November 1877, Z. 8178, Sammlung, XVII, No. 7745 und v. 9. Mai 1878, Z. 12727, Sammlung, XVI, No. 9690.

[27]) Instruction des Wiener Civilgerichtsdepositenamtes v. 17. Juli 1859, R. G. B. No. 44, § 30; und des Prager Civilgerichtsdepositenamtes vom 15. November 1849, Z. 7219, § 30.

[28]) Instruction des Grazer Civilgerichtsdepositenamtes v. 11. Juli 1881, R. G. B. No. 84, § 37; Ministerial-Erlass v. 21. Februar 1870, R. G. B. No. 17, abändernd die Vorschrift über die Behandlung der civilgerichtlichen Depositen ausser Wien. Prag, Graz, Triest, Galizien, Bukowina und Dalmatien, § 39, und die Vorschrift für Galizien und die Bukowina vom 28. Juli 1856, R. G. B. No. 137, § 6, Abs. 2, sowie die Vorschrift für Dalmatien vom 26. Februar 1875, R. G. B. No. 18, § 8 Abs. 2.

Herausgabe derselben Geldstücke, sondern des gleichen Geldbetrages. Das Eigenthum an dem Gelde geht — darüber sollte ein Zweifel nicht bestehen — in dem Augenblicke, in welchem ein Organ des Gerichtes, also vorerst der Feilbietungs-Commissär und später das gerichtliche Depositenamt es übernimmt, auf den Staat über, gleichgültig, ob die veräusserte Sache zu dem Vermögen des Exequendus gehörte oder nicht. Es fragt sich nur, wer in der dem Staate erwachsenen Verpflichtung zur Ausfolgung des Geldbetrages der Gläubiger ist. Hier müssen mehrere Fälle auseinandergehalten werden. Hat die Sache zu dem Vermögen des Exequendus gehört, so ist sie jetzt in dasjenige des Erstehers unwiderruflich übergegangen und der Geldbetrag ist für den Executionszweck, d. h. zur Befriedigung des Executionsführers bezw. derjenigen Gläubiger, die ihm voranstehen, zu verwenden. Hat dagegen die Sache zu dem Vermögen des Exequendus nicht gehört, so ist zunächst von der Regel auszugehen, dass sich dieselbe nunmehr auch in dem Vermögen des Erstehers rechtlich nicht befinden kann. Kommt es zur Freigebung, so ist der Ersteher (bedingt) rückforderungsberechtigt. Hat endlich die Mobilie zwar zu dem Vermögen des Exequendus nicht gehört, ist aber der Ersteigerer nach § 367 des allg. bgl. Gesetzbuches originär Eigenthümer derselben geworden, so tritt der Anspruch auf Erfolglassung an die Stelle des untergegangenen Eigenthums des bisherigen Eigenthümers. *Pretium succedit in locum rei.* Vgl. § 77 Titel 24 Th. I, preuss. A. G. O. Erhebt dieser die Exscindirungs-Klage, so ist sie alles andere eher, als eine Vindication von Geld. Der Kläger behauptet nur, dass ebenso wie früher die Sache hätte freigegeben werden müssen, jetzt der Erlös freigegeben werden muss, d. h. aber nur, der Erlös dürfe für Executionszwecke nicht verwendet werden, der Executionsführer müsse von demselben ablassen. Zu einer Erfolglassung an den Exscindirungs-Werber führt die Klage streng genommen nicht. Ueber sein Erfolglassungsgesuch müsste doch vorher der Exequendus, bei dem ja die Sache gefunden worden war, einvernommen werden.

Wird im Wege der Exscindirungs-Klage dargethan, dass

die im Alleinbesitz des Exequendus getroffene Sache nicht Alleineigenthum desselben sei, sondern, dass ihm nur eine *pars pro indiviso* gehöre, so ist der Erfolg der, dass nicht die ganze Sache freigegeben wird, vielmehr der dem Exequendus gehörige ideelle Theil der Execution unterworfen bleibt. Allerdings könnte man auch sagen, die Sache muss ganz freigegeben werden, aber es steht dem Executionssucher frei, nunmehr seinen executorischen Angriff auf den ideellen Theil zu richten. Diese Anschauung beherrscht den österr. obersten Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 30. December 1884, Z. 14827, Sammlung, XXII, No. 10322. Freilich muss zugegeben werden, dass die executive Feilbietung der *pars pro indiviso* nicht erfolgen kann auf Grund einer exec. Pfändung und Schätzung, deren Gegenstand nicht diese *pars*, sondern die Sache im Ganzen war. Vielmehr müssen diese Acte der richtig gestellten Sachlage entsprechend erneuert bezw. rectificirt werden. Dennoch möchte ich nicht einräumen, dass die Sache ganz freizugeben sei. Denn eine vollständige Aberration hat nicht stattgefunden und es muss zur Wahrung der Priorität die erwirkte Execution wenigstens so weit aufrecht erhalten werden, als sie unangreifbar ist. Jedenfalls ist aber die in der E. des österr. obersten Gerichtshofes vom 24. Januar 1882, Z. 14692, Sammlung, XX, No. 8846 aufgestellte Ansicht,[29]) dass bei einem zwischen Exequendus und Dritten ideell gemeinschaftlichen Eigenthum die Execution in die ganze Sache durchzuführen und von dem Erlöse nur die Hälfte in die Executionsmasse abzuführen sei, falsch. Denn wie kommt der Dritte dazu, sich eine Auseinandersetzung der Gemeinschaft gefallen lassen zu müssen, bei welcher die Sache um jeden Preis hintangegeben wird. Es ist ja möglich, dass er bereit ist, mit dem Käufer der ideellen Hälfte die Gemeinschaft fortzusetzen.

Wird im Wege der Exscindirungs-Klage dargethan, dass das als zeitlich unbeschränktes dem executorischen Angriff unterworfene Eigenthum des Exequendus ein bloss zeitliches,

---

[29]) Vgl. auch E. vom 6. October 1875, Z. 10745, Sammlung, XIII, No. 5875 und vom 1. Juli 1884, Z. 7279, Sammlung, XXII, No. 10092.

successives[80]) sei, so ist der Erfolg zwar nicht, dass die Sache freigegeben wird, sondern nur, dass das Eigenthum lediglich als zeitliches der Execution unterworfen bleibt. Es darf hier vielleicht auf die E. des österr. obersten Gerichtshofes vom 20. April 1886, Z. 4481, Sammlung, XXIV, No. 11000 hingewiesen werden. Ferner auf die E. vom 29. December 1874, Z. 13768, Sammlung, XII, No. 5580, nur dass es sich hier von Vorneherein nicht um zeitliches Eigenthum, sondern auf Lebenszeit des Exequendus beschränkten Usufructus handelte. Auch die E. v. 26. März 1879, Z. 3371, Sammlung, XVII, No. 7390 mag genannt werden, wenngleich auch hier das executive Pfandrecht gleich als beschränktes erworben wurde.

Wird im Wege der Exscindirungs-Klage dargethan, dass das als unbelastetes der Execution unterworfene Eigenthum an der Sache beschränkt sei durch eine auf sie gelegte Servitut, z. B. lebenslängliches Fruchtgenussrecht des Dritten oder ein anderes dingliches Nutzungsrecht, dann kann die Sache nur unter Aufrechterhaltung dieser Last der Execution preisgegeben bleiben. E. des österr. obersten Gerichtshofes vom 27. April 1880, Z. 4873, Sammlung, XVIII, No. 7954. Doch ist zu beachten, dass nach der Analogie des § 32 C.O. immerhin unter gewissen Voraussetzungen das Eigenthum dem Ersteher lastenfrei zugeschlagen werden muss.

Unter den dinglichen Rechten an fremder Sache nimmt das Pfandrecht eine eigenthümliche Stellung ein. Während sonst die Regel gilt, dass die der Zwangsvollstreckung unterworfene Sache, wenn nachgewiesen wird, dass das Eigenthum des Exequendus an derselben durch ein aus der Zeit vor der Pfändung stammendes dingliches Recht belastet ist, nur *cum onere* executiv veräussert werden kann, cessirt die Regel, wenn das *jus in re aliena* nicht ein dingliches Nutzungs- sondern ein Pfandrecht ist. Mit anderen Worten: Auf Grund der Thatsache, dass an dem saisirten Vermögensstück dem Dritten schon zur Zeit der executiven Pfändung ein besseres Pfandrecht zustand, kann die Freigebung aus dem executorischen

---

[80]) Krainz, System, Bd. 2, 2. Hälfte, S. 1—7.

Pfandnexus nicht bewirkt werden. Vielmehr wird trotz dem voranstehenden Pfandrecht auf Grund des executiven die lastenfreie Veräusserung des Vermögensstückes vorgenommen. Allerdings steht dem Dritten das Recht zu, seine pfandrechtlich sichergestellte Forderung in dem Verfahren zur Vertheilung des erzielten Meistgebots geltend zu machen.[31]) Allein, wenn dasselbe zu ihrer Deckung nicht ausreicht, so hat er das blosse Nachsehen.[32]) Ganz so wie das Pfandrecht ist auch jedes andere Recht des Dritten, aus dem Vermögensstücke vorzugsweise befriedigt zu werden, zu behandeln. Es ist ohne Wirksamkeit im Stadium des Versilberungsverfahrens und wird erst von Bedeutung im Stadium des Vertheilungsverfahrens.

---

[31]) Vgl. E. des österr. obersten Gerichtshofes vom 4. September 1866, Z. 8084, Sammlung, V, No. 2596; E. v. 13. August 1884, Z. 9184, Sammlung, XXII, No. 10132 und E. vom 13. August 1884, Z. 9184, Jur. Ztg. 1884, No. 44.

[32]) Krainz, System, Bd. 2, 2. Hälfte, S. 158. Vgl. dagegen § 710 der C.P.O. für das Deutsche Reich, nach welchem ein dritter Pfandgläubiger, wenn er sich im Besitz der Sache befindet, die Exscindirungs-Klage anstellen kann.

§ 11.

Abwehr dieses Rechtsmittels.

Während Zweck der Exscindirungs-Klage ist, die executorische Maassregel als eine materiell-rechtlich ungerechtfertigte darzustellen — in dieser Beziehung ist sie ein Gegenstück zu der sog. Justificirungs- oder Rechtfertigungs-Klage —, zielt die Abwehr derselben umgekehrt darauf ab, sie materiell zu justificiren, zu rechtfertigen. Von den Behelfen, welche dem Exscindirungs-Beklagten zu diesem Zwecke zustehen, sollen die wichtigsten — und zwar gleichfalls vom Standpunkte des österreichischen Rechtes — besprochen werden.

Häufig behauptet der Executionssucher, dass das Rechtsgeschäft, durch welches das Vermögensstück von dem Exequendus dem Dritten übereignet wurde, ein simulirtes war. Der österreichische oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung v. 28. April 1880, Z. 3421, Sammlung, XVIII, No. 7956[1]) erkannt, dass auf diese Vertheidigung als eine *exceptio de jure tertii* keine Rücksicht zu nehmen sei. Ich halte diese Anschauung für unrichtig.[2]) Das Scheingeschäft ist gemäss § 916 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches ungiltig, ebenso wie ein Geschäft, welches wegen Handlungsunfähigkeit der Parteien oder aus Mangel der Förmlichkeiten der rechtlichen Wirkungen entbehrt. Auf die Ungiltigkeit im Gegensatze zur Anfechtbarkeit kann sich Jeder berufen, der an dem

---

[1]) Vgl. E. v. 23. April 1861, Z. 2794, Sammlung, III, No. 1309 und vom 26. Januar 1881, Z. 14981, Sammlung, XIX, No. 8266.

[2]) Vgl. auch R. Schulz, Blätter für Rechtspflege in Thüringen Bd. 39, S. 126.

Bestande oder Nichtbestande eines Rechtsverhältnisses ein Interesse hat.[3])

Auch der Einwand kommt in neuerer Zeit vor, dass das Rechtsgeschäft, durch welches der Uebergang des Vermögensstückes von dem Exequendus an den Dritten bewirkt wurde, der Anfechtung im Sinne des österreichischen Gesetzes vom 16. März 1884 (R.G.B. No. 36) bezw. des deutschen Gesetzes vom 21. Juli 1879 (R.G.B. S. 277 ff.) unterliege. Der österreichische oberste Gerichtshof hat in einem ähnlichem Falle (E. vom 12. December 1876, Z. 11106, Sammlung, XIV, No. 6312) diesen Einwand zugelassen. Allein ich kann auch dieser Auffassung nicht beipflichten.[4]) Die Rechtslage ist hier eine andere, als bei der Simulation. Durch das simulirte Geschäft ist der Dritte Eigenthümer der Sache überhaupt nicht geworden, der Exequendus es trotz demselben geblieben. Das anfechtbare Geschäft aber hat den Eigenthumsübergang bewirkt; nur, dass jetzt auf dem Erwerber die Verpflichtung lastet, seinen Erwerb, soweit dies zur Befriedigung des Executionsführers erforderlich ist, zurückzugewähren.

Auch die Vertheidigung verdient hervorgehoben zu werden, dass der Executionsführer, noch bevor der Exequendus die jetzt executiv gepfändete Sache dem Dritten übereignete, an ihr ein auch dem Letzteren gegenüber wirksames Vertrags-Pfandrecht für die zur Realisirung gelangende Forderung erworben habe. Auch sie ist m. E. unzulässig.[5]) E. des O.A.G. Rostock v. 9. December 1867, Seuffert Archiv, Bd. 23, No. 263 und des (deutschen) Reichsgerichtes v. 10. Januar 1881, 2. Hülfssenat, Entsch. Bd. 3, No. 54.[6])

---

[3]) Menzel, Anfechtungsrecht, S. 101, 102.

[4]) Vgl. auch E. des O.A.G. Rostock v. 9. December 1867, Seuffert Arch., Bd. 23, No. 263; dagegen wiederum Menzel, Anfechtungsrecht, S. 293.

[5]) R. Schulz, a. a. O., S. 133.

[6]) In der E. des Reichsgerichtes v. 6. März 1888, 2. Civilsenat. Entsch. Bd. 20, No. 80 wird die ex. Pfändung von Sachen eines Dritten aufrecht erhalten, weil der Executionsführer an denselben ein gesetzliches Pfandrecht für die aus dem Miethvertrage gegen den Exequendus zustehende Forderung erworben hatte.

Ebenso verhält es sich mit der Vertheidigung,[7]) dass der Dritte neben dem Exequendus solidarisch hafte und sich aus diesem Grunde es gefallen lassen müsse, wenn die gegen den Exequendus gerichtete Execution auf ein ihm gehöriges Vermögensstück abirre. E. des O.A.G. Rostock v. 9. December 1867, Seuffert Arch. Bd. 23, No. 263. E. des obersten Gerichtshofes für Bayern v. 23. Juni 1873, Sammlung, Bd. 4, No. 99 und v. 27. Juli 1875, Sammlung, Bd. 5, No. 214.

Endlich kommt es vor, dass sich der beklagte Executionssucher dem das Eigenthum des Exequendus an der gepfändeten Mobilie in Abrede stellenden Exscindirungs-Kläger gegenüber auf seinen redlichen Erwerb des executiven Pfandrechtes beruft.[8]) Diese Vertheidigung ist darauf abgestellt, dass der Executionsführer, obgleich sich die Sache nicht im Eigenthum des Exequendus befand, dennoch ein wirksames, gegen Jedermann geschütztes executives Pfandrecht erwarb.

Der Hintergrund, von welchem sich dieselbe abhebt, ist folgender. Wir müssen voraussetzen, dass der Exequendus „ein zu diesem Verkehre befugter Gewerbsmann“ ist oder dass der Eigenthümer selbst sie ihm „zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder in was immer für einer anderen Absicht anvertraut hatte.“ Wenn ein solcher Gewerbs-[9]) oder Vertrauensmann an der fremden Sache einem Anderen entgeltlich ein (conventionelles) Pfandrecht bestellt, so erwirbt dieser, seine *bona fides* vorausgesetzt, es trotz des Eigenthumsmangels in der Person seines Autors (§§ 456 und 367 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches; vgl. Art. 306, Abs. 2 des Handelsgesetzbuches). Dasselbe gilt von dem Erwerb des gesetzlichen

[7]) R. Schulz, a. a. O., S. 128—133.

[8]) Vgl. zu dem Folgenden v. Schrutka, Grünhut's Zeitsch., Bd. 12, S. 712 ff.

[9]) Koller, Haimerl's Magazin, Bd. 10, S. 217 ist zwar der Ansicht, dass vom § 456 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches nur der dritte und nicht auch der zweite Fall des § 367 erfasst werde. Allein aus unzureichenden Gründen. Denn ist der Gewerbsmann befugt, an der Waare Eigenthum zu bestellen, so ist er nach einem *argumentum a majori ad minus* auch in der Lage, ein Pfandrecht, sowie jede an einer Mobilie mögliche Servitut zu begründen. Exner, Tradition, S. 72; Randa, Eigenthum, S. 321; Krainz, System, Bd. 2, S. 100.

Pfandrechtes des Vermiethers an den vom Miether oder Aftermiether in die Wohnung eingebrachten, ihnen von einem Dritten anvertrauten Einrichtungsstücken und Fahrnissen (§ 1101 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).

Gilt Gleiches auch für den Erwerb des Pfändungspfandrechtes,[10]) das ja dem gesetzlichen Pfandrecht sehr nahe steht, wenn es auch nicht wie dieses aus einem dem Privatrecht angehörenden Thatbestand entspringt? Diese Frage ist nicht nur in der Litteratur mit Eifer controvertirt worden,[11]) sondern bildet sozusagen den stereotypen Inhalt der Klagebeantwortung in unseren üppig wuchernden Exscindirungs-Processen. Der oberste Gerichtshof hat sich in der letzten Zeit überwiegend für deren Verneinung ausgesprochen[12]) und sie nur in vereinzelten Fällen bejaht,[13]) sich aber noch immer nicht entschlossen, eine principielle Entscheidung zu fassen.[14])

---

[10]) Ob nach mittelalterlich-deutschem Rechte der Grundsatz „Hand wahre Hand" auch die Pfändung sicherte, darüber vgl. Frommhold, Widerspruchsklage, S. 70—83.

[11]) Für die Gleichstellung ist eingetreten Wildner, Jurist, Bd. 6, S. 468—477. Mit ihm ist principiell einverstanden Schiestl, Jurist, Bd. 10, S. 249—253. Vgl. auch noch Ellinger ad § 456; Juristische Blätter, 1872, No. 6, S. 77, Sp. 1 (Die Exscindirungsnoth). Gegen die Gleichstellung Winiwarter, bgl. R. Bd. 2, S. 258; Fischer, Wagner's Zeitschrift, 1833, Bd. 1, S. 43—47; Turnes, Jurist, Bd. 11, S. 447—456; Koller, Haimerl's Magazin, Bd. 10, S. 218—230; Wehli, Gerichtshalle, 1869, No. 6; Stubenrauch, Commentar, 6. Aufl., Bd. 1, S. 590; Krainz, System, Bd. 2, S. 102, Anm. 15, S. 103, Anm. 4. Der Aufsatz Gerichtshalle, 1881, No. 55 ist unbedeutend.

[12]) Entscheidung vom 1. Juli 1857, Z. 5832, Sammlung, I, No. 402; vom 10. Januar 1872, Z. 9449, Sammlung, X, No. 4437; vom 16. April 1873, Z. 3277, Sammlung, XI, No. 4938; vom 8. November 1877, Z. 7481, Sammlung, XV, No. 6641; vom 21. Februar 1878, Z. 10521, Sammlung, XVI, No. 6849; vom 29. September 1880, Z. 8258, Sammlung, XVIII, No. 8114; und vom 31. August 1880, Z. 9862, Sammlung, XIX, No. 8780.

[13]) Koller, Haimerl's Magazin, Bd. 10, S. 219, Entsch. vom 4. December 1867, Z. 9146, Sammlung, VI, No. 2939; vom 21. März 1872, Z. 11861, Sammlung, X, No. 4534 (eine ganz verfehlte Entsch., wo noch dazu eine Forderung Executionsobject ist); vom 7. Februar 1878, Z. 7690, Sammlung, XVI, No. 6833 und vom 25. Mai 1891, Z. 4916, Sammlung, XIX, No. 8406.

[14]) Anders verhält es sich mit der analogen Frage bei im öffentlichen

Gegen die Bejahung sprechen m. E. sehr erhebliche Bedenken, welche im Folgenden an der Hand der Requisite des § 456 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches des Näheren erörtert werden sollen. Die citirten Gesetzesstellen (§ 367 und 456 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches) lassen an einer „fremden" Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers ein wirksames Pfandrecht nur entstehen, wenn 1. die Sache „verpfändet" worden ist und der Pfanderwerber sie 2. „gegen Entgelt" und 3. „redlich" und in einer Weise erlangt hat, dass man sagen kann, er habe sie 4. „an sich gebracht."

Ad 1. Es lässt sich nicht behaupten, dass die executiv gepfändete Sache dem Executionssucher „verpfändet" wurde; sie wurde eben nur auf Antrag und im Interesse desselben „gepfändet," um auf diesem Wege der Zwangsversteigerung zugeführt zu werden. Wo das Gesetz den Ausdruck „verpfänden", „Verpfändung" gebraucht (§§ 451, 452, 454, 455, 460, 463, 632, 1343, 1369, 1372 und 1390 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches), hat es regelmässig[15]) einen unter Mitwirkung eines „Verpfänders" zu Stande gekommenen Pfanderwerb vor Augen; und wo es von „pfänden" oder „Pfändung" spricht (§§ 822, 1136, 1321, 1322), ist regelmässig an einen Pfanderwerb durch einseitigen Erwerbsact zu denken.[16]) Eben darum hat es nicht an Versuchen gefehlt, auch für den Executionsfall eine „Verpfändung", d. i. eine Pfandconvention zwischen dem Exequendus und den Executions-

Buche verzeichneten Immobilien. Hier hat der oberste Gerichtshof auf Grund des Beschlusses vom 25. September 1888, Z. 8452, Sammlung, XXVI, 12359 folgenden Rechtssatz in das Spruchrepertorium sub. No. 143 aufgenommen: „Der dem gutgläubigen Erwerber eines bücherlichen Rechtes durch den Schlusssatz des § 469 des allg. bgl. Gesetzbuches gewährte Schutz ist in dem Falle nicht ausgeschlossen, wenn der Erwerb im Executionswege stattgefunden hat." Ebenso Sammlung II, 611; IV, 1778; IX, 4012; XIX, 8710; XX, 8981; XXI, 9252; XXI, 9318; XXI, 9797; XXII, 10252; XXIII, 10379; XXVI, 12273; und A. Pollak, Jurist. V.J.Sch., 1889, S. 12—77; dagegen XV, 6345; XIX, 8346; XIX, 8456; und Kavčič, Geller's Centralbl., 1887, S. 257 ff.

[15]) Ausnahmsweise umfasst der Ausdruck „verpfändete" auch „gepfändete" Sachen.

[16]) Wessely, Wagner's Zeitsch., 1843, Bd. 1, S. 192, 193. Unrichtig: Gerichtshalle, 1881, No. 35, S. 269, Sp. 2.

sucher auszuklügeln. Nach der einen Ansicht supplirt den Consens des Exequendus das Gericht[17]) und nach der anderen wird angenommen, dass der Exequendus, indem er die Pfändung geschehen lässt, bezw. geschehen lassen muss, in dieselbe einwilligt.[18]) Diese Versuche bedürfen einer ernstlichen Widerlegung nicht.[19])

Ad. 2. Der Pfandgläubiger muss das Pfandrecht gegen Entgelt an sich gebracht haben,[20]) d. h. sein Pfandrechtserwerb muss mit einem entsprechenden Opfer seinerseits erkauft sein, das er sonst nicht gebracht haben würde.[21]) Demnach ist der Pfanderwerb ein unentgeltlicher, „wenn für eine bereits bestehende Schuld und ohne Rücksicht auf weitere Anborgung . . . ein Pfand bestellt wird.“[22]) Unter diesem Gesichtspunkte erscheint jeder executive Pfandrechtserwerb als ein unentgeltlicher,[23]) und zwar ist es hierbei ganz gleichgiltig, ob der Anspruch, um dessen Vollstreckung es sich handelt, auf einem onerosen oder lucrativen Titel beruht.[24])

---

17) Wildner, Jurist, Bd. 6, S. 475, 476.

18) Entsch. des Wiener Handelsgerichtes v. 7. Februar 1878, Sammlung, XVI, No. 6833.

19) Das im Texte angeregte Bedenken steht in gleichem Maasse der Anwendung des Art. 306, Abs. 2 H.G.B. auf die executive Pfändung entgegen. E. des Reichsgerichtes vom 30. Mai 1890, 3. Civilsenat, Entsch. Bd. 26, No. 21.

20) Exner, Tradition, S. 71, Anm. 82. — Im Fall des § 824 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches wird von der Entgeltlichkeit Umgang genommen. Randa, Eigenthum, S. 320.

21) Anderer Ansicht G. Demelius, Allgemeine österreichische Gerichtszeitung, 1858, No. 36, S. 142, Sp. 1, welcher darauf sieht, dass der Veräusserer etwas erhält und nicht darauf, dass der Erwerber etwas giebt.

22) Unger, System, Bd. 2, S. 7, Anm. 15.

23) Der Erwerb des Pfandrechtes an den *invecta et illata* nach § 1101 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches ist ein entgeltlicher, denn der Vermiether würde regelmässig den Zins um die sogenannte Versicherungsprämie (wegen Gefahr der Nichtbezahlung) höher stellen, wenn ihm diese Deckung nicht zugesichert wäre. So erscheint der citirte Paragraph ganz als Anwendungsfall des im § 367, bezw. 456 ausgesprochenen Princips, wie dies auch die Citation des erstgenannten Paragraphen im Gesetze ergiebt. Neumann-Ettenreich, Gerichtszeitung, 1884, No. 96.

24) Olshausen, Einsprüche dritter Personen in der Executionsinstanz,

Eine andere Auffassung findet sich bei Wildner,[25]) der Entgeltlichkeit des Erwerbes annimmt, weil der Executionssucher, indem er mit dem executiven Pfande zweckmässig verfährt, den Exequendus von seiner Verbindlichkeit befreit, ihm die Liberation prästirt. Dawider lässt sich einwenden, dass hier der executive Pfanderwerb nicht isolirt, sondern in seinem allerdings fast untrennbaren Zusammenhange mit der ganzen Executionsprocedur betrachtet wird, deren Niederschlag freilich in einem Erwerbe des Executionssuchers (von Eigenthum an dem erfolgten Gelde) beruht, der, wie die Zahlung, als oneroser[26]) zu erachten ist.

Ad. 3. Der Pfanderwerb muss redlich vor sich gegangen sein. Ob dies der Fall war, bestimmt sich nach dem § 326 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches und es lässt sich nicht leugnen, dass auch bei der executiven Pfändung die Umstände so liegen können,[27]) dass man aus dem Gesichtswinkel des Privatrechtes einen redlichen Erwerb des Executionssuchers annehmen müsste. Ob die Thatsache, dass bei der executiven Pfandbeschreibung das fremde Eigenthum, sei es von dem Exequendus, sei es von dem Dritten angemeldet worden, geeignet sei, den guten Glauben des Executionssuchers auszuschliessen, ist *quæstio facti.*[28])

Ad. 4. Der Pfanderwerber muss das Pfand an sich gebracht haben. Der Ausdruck „an sich bringen“, so umfassend er auch sein mag, setzt denn doch immer zweierlei Momente voraus, objectiv, dass die Sache aus dem Machtbereich des Einen in den des Anderen übergegangen ist, und subjectiv, dass es der Pfanderwerber war, welcher diese Raumveränderung

S. 125, möchte *de lege ferenda* nur im ersteren Fall die Vindication ausschliessen.

[25]) Jurist, Bd. 6, S. 470, 471.

[26]) Hruza, Zur Lehre von der Novation nach österreichischem und gemeinem Rechte, S. 138.

[27]) Entscheidend wäre wohl der Zeitpunkt ihrer Vornahme. Abweichend *de lege ferenda* Olshausen, a. a. O. S. 126.

[28]) Schiestl, Jurist, Bd. 6, S. 250, 251; Koller, Haimerl's Magazin Bd. 10, S. 220, Anm.

durch seine Thätigkeit bewirkt hat.[29]) Treffen nun diese Momente bei der executiven Pfändung zusammen? Was zunächst das subjective anbelangt, so ist es hier nur in dem Sinne vorhanden, dass der Executionssucher durch seine Anträge bei Gericht die Execution in Bewegung setzt und in Bewegung erhält, ohne dass man sagen könnte, dass er selbst thätig eingreife. Zwar verlangt die Gerichtsordnung, dass er oder sein „Gewaltsträger“ bei der Pfändung anwesend[30]) sei, offenbar, damit er innerhalb der Grenzen der Pfändungsbewilligung die einzelnen zu pfändenden Sachen bezeichne; allein selbst diese Mitwirkung hat unsere Praxis für entbehrlich erkannt, indem sie executive Pfändungen „ohne Anmeldung“, „ohne Intervention“ des Executionssuchers gestattet. Was ferner das objective Moment anbelangt, so bewirkt, wie bereits früher ausgeführt wurde, die executive Pfändung an sich gar keine Veränderung in dem Zustand der Sache, welche vielmehr räumlich im *status quo* verbleibt. Selbst die Transferirung zu einem Dritten oder die Deponirung bei Gericht — Maassregeln, die übrigens für die Entstehung des executiven Pfandrechtes ohne Belang sind — verschaffen die Detention nicht dem executiven Pfandgläubiger, die er doch erlangen müsste, wenn er nach § 456 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches dem conventionellen Faustpfandgläubiger gleichgestellt werden dürfte. Allerdings erwirbt nach § 1101 auch der Vermiether und Verpächter an solchen Sachen ein gesetzliches Pfandrecht, die, ohne dem Miether und Pächter zu gehören, demselben von einem Dritten anvertraut worden sind, falls die Voraussetzungen des § 367 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zutreffen, und auch hier erlangt der Pfandgläubiger nicht die Detention an den *invecta et illata*, aber sein Recht ist dem conventionellen Faustpfand insofern verwandt, als sich die Sachen doch wenigstens auf seinem Grund und Boden befinden[31]) und deren

[29]) Wildner, Jurist, Bd. 6, S. 470, 475. Der Art. 306, Abs. 2 H.G.B. verlangt, dass „Waaren oder andere bewegliche Sachen . . . verpfändet und übergeben worden“ seien.

[30]) v. Canstein, Lehrbuch, Bd. 2. S. 876.

[31]) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 2, 2. Aufl., S. 701.

Fortschaffung nach der richtigen Ansicht von ihm verhindert werden kann.[32]) Darum scheint es mir ganz unzulässig zu sein, daraus, dass der § 1101 sich auf den § 367 zurückbezieht, zu schliessen, dass wir es hier nur mit einer Folgerung aus dem von unserem Gesetzbuch stillschweigend anerkannten Grundsatz zu thun haben, vermöge dessen der § 367, bezw. 456 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches ganz allgemein, d. h. für alle, auf fremde, dem Schuldner nur anvertraute Sachen gelegte Pfandrechte anwendbar sei, und daher auch von richterlichen Pfandrechten gelten müsse.[33])

Jedes einzelne der obigen ad 1, 2 und 4 erhobenen Bedenken muss m. E. genügen, um die Unanwendbarkeit des § 456 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches auf das Pfändungspfandrecht ausser Zweifel zu stellen.[34])

[32]) Neumann-Ettenreich, Allgemeine österreichische Gerichtszeitung, 1884, No. 97. Vgl. auch Codex Theresianus, II, cap. XXX, § IV, No. 37 (Harrasowsky, S. 522).

[33]) Dies behaupt Wildner, Jurist, Bd. 6, S. 472.

[34]) Zu demselbea Resultat kommen: Auf Grund des Art. 306, Abs. 2 des deutschen Handelsgesetzbuches die E. des (deutschen) Reichsgerichtes vom 30. Mai 1890, 3. Civilsenat, Entsch., Bd. 26, No. 21; des preussischen Rechtes, A.L.R. § 80, I, 20, die E. des Reichsgerichtes vom 17. October 1888, 5. Civilsenat. Entsch., Bd. 22, No. 54 und Olshausen a. a. O. S. 120; vgl. auch die daselbst besprochene E. des Berliner Obertribunals v. 5. December 1870, Entsch., Bd. 65, S. 103—111; des französischen Rechtes, *Code civile art.* 2279, die E. des Reichsgerichtes vom 17. März 1885, 2. Civilsenat, Entsch., Bd. 13, No. 72 und E. vom 16. Mai 1890, 2. Civilsenat, Entsch., Bd. 26, No. 70; dagegen mit beachtenswerthen Gründen Kahn, Arch. f. civ. Praxis, Bd. 70, S. 422 ff.

2. Processualische Geltendmachung des Exscindirungs-Anspruchs.

A. Die Exscindirungs-Klage.

§ 12.

Ihre Concurrenz mit der Rüge processordnungswidriger Beschlagnahme.

Der Dritte, welcher die zu pfändende Sache im Sinne des § 4 des österreichischen Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, „besitzt", kann aus diesem Grunde allein wider die Execution „Einwendungen" erheben. Denn die ohne seinen Willen vorgenommene Execution ist eine ordnungswidrige. Welche Mittel stehen ihm zu Gebote, um sich mit seinen Einwendungen Gehör zu verschaffen?[1]) Zunächst wird er, wenn der Gerichtsdiener in seinen Händen befindliche Gegenstände abpfänden will, diesem gegenüber seinen Widerspruch erklären. Der Gerichtsdiener wird denselben, etwa nach vorher eingeholter Belehrung durch das Gericht, zunächst im eigenen Wirkungskreise zu beurtheilen haben. Sieht er ihn als begründet an, so lässt er von der Pfändung ab. Ist er aber der Ansicht, dass der Dritte den „Besitz" nicht habe, so wird die Pfändung dennoch vorgenommen. Nur sollen die Einwendungen in dem über den Pfändungsact errichteten Protocolle angemerkt werden. Das Gericht, dem nunmehr das Protocoll vorgelegt wird, hat zu entscheiden, ob es zu Gericht angenommen, d. h.

[1]) Vgl. Sammlung, III, No. 1219; VI, No. 3041; XVI, No. 7073; E. des obersten Gerichtshofes vom 17. April 1888, Z. 11602; Jur. Ztg. 1888, No. 24.

genehmigt werde oder nicht. Natürlich steht demselben frei, vorher den „Besitz“stand, sei es von amtswegen, sei es auf Antrag, zu erheben. Findet dasselbe bei dieser Nachprüfung, dass der Dritte wirklich „Besitzer“ ist, also mit Recht gegen die Execution protestirt, so muss die Annahme des Protocolls versagt und dem Gerichtsdiener der Auftrag ertheilt werden, die Sachen nach Maassgabe des § 4 unseres Hofdecretes freizugeben.[2]) Theilt aber das Gericht die Auffassung des Dritten nicht, so wird das Protocoll angenommen. Doch soll der Dritte hiervon in Kenntniss gesetzt werden. Hierdurch kommt er in die Lage, den annehmenden Bescheid des Gerichtes im Wege des Rechtsmittelverfahrens anfechten zu können. Ohne Zweifel ist es ihm gestattet, den Recurs (Beschwerde)[3]) an das Oberlandesgericht zu ergreifen, welches sohin zu erkennen haben wird, ob es bei dem erstgerichtlichen Bescheid zu verbleiben habe oder derselbe abzuändern sei. Allein der Recurs ist nach meinem Dafürhalten nicht das einzige ihm zu Gebote stehende Rechtsmittel. Denn das ganze Verfahren hat, soweit es den gegenwärtigen „Besitz“stand *prima facie* festzustellen sucht, einen mehr amtlichen Charakter, so dass auf dasselbe die Grundsätze des Verfahrens ausser Streitsachen analog Anwendung finden. Daraus folgt, dass dem Dritten auch das Rechtsmittel der Remonstration (Vorstellung) zusteht und dass der Bescheid wider den Dritten nicht schon mit Ablauf der Rechtsmittelfrist, sondern erst dann in Rechtskraft erwächst, wenn auf Grund desselben irgend eine vierte Person, z. B. der Ersteher, ein Recht erworben hat.[4]) Es ist aber auch möglich, dass der Dritte bei der Vornahme der Pfändung nicht zugegen war, oder, dass er zwar zugegen war, der Gerichtsdiener es aber unterlassen hat, seine „Einwendungen“ im Protocolle anzumerken. Hier erfährt das Gericht amtlich Nichts von denselben und man muss dem Dritten die Befugniss einräumen, noch nachträglich seine „Einwendungen“ bei Gericht anzubringen, etwa in der Form des Antrages, dasselbe möge das

[2]) Sammlung, XIX, No. 8663; vgl. auch XIX, No. 8544.
[3]) Sammlung, VII, No. 3442; XXIII, No. 10765.
[4]) Vgl. Sammlung, VI, No. 3000.

Protocoll nicht annehmen, oder, wenn die Annahme bereits erfolgt sein sollte, dieselbe wieder zurückziehen. Ob über diesen Antrag der Executionssucher oder der Exequendus vorher noch einzuvernehmen seien (Sammlung, V, No. 2166), hängt von dem Ermessen des Gerichtes ab. Gegen die Abweisung desselben steht dem Dritten wiederum das Rechtsmittel des Recurses oder der Remonstration zu.

Der in Rede stehende Widerspruch kann nach österreichischen Rechte auch in der Form der Exscindirungs-Klage geltend gemacht werden. Unser Hofdecret enthält nämlich im § 3 die eigenthümliche, der C.P.O. für das Deutsche Reich fremde Bestimmung, dass die Exscindirungs-Klage dem Dritten auch dann zu Gebote steht, wenn er sich durch die Pfändung der Sache in seinem „Besitze“ gekränkt erachtet.[5]) Selbstverständlich kann hier der Ausdruck „Besitz“ nur in demselben Sinne gebraucht sein, welchen er in den übrigen Paragraphen des Hofdecretes hat.

In welchem Verhältniss stehen nun die „Einwendungen“, von denen bisher die Rede war, zu der auf den „Besitz“ des Dritten gegründeten Exscindirungs-Klage?

Das Anwendungsgebiet der Einwendungen lässt sich von demjenigen der auf Eigenthum oder andere Rechte gestützten Exscindirungs-Klage im Allgemeinen in folgender Weise abgrenzen. Ist bei der Vornahme der Execution eine von den Formvorschriften, deren Beobachtung die Processgesetzgebung vorzeichnet, verletzt worden, so ist diese Ordnungswidrigkeit mittelst der Einwendungen geltend zu machen.[6]) Hat dagegen eine Aberration in die Vermögenssphäre eines Dritten stattgefunden, so greift die Exscindirungs-Klage Platz, mag die Execution in der gehörigen Form vorgenommen worden sein oder nicht.[7])

[5]) E. des obersten Gerichtshofes vom 12. Juli 1888, Z. 12263, Sammlung, XXVI, 12263.

[6]) E. des obersten Gerichtshofes vom 20. August 1885, Z. 9778, Jurist. Blätter, 1886, No. 18.

[7]) Unrichtig ist es mithin, zu sagen, die Exscindirungs-Klage setze eine formrichtig vollzogene Execution voraus, wie dies in der E. des obersten

Aber für die auf „Besitz“ des Dritten gestützte Exscindirungs-Klage gilt diese Unterscheidung nicht. Denn indem behauptet wird, Exequendus habe sich zur Zeit der Pfändung nicht im „Besitz“ der Sache befunden, wird damit eine bei der Vornahme der Execution begangene processualische Ordnungswidrigkeit geltend gemacht. Im Allgemeinen wird man sagen dürfen, der dritte Besitzer habe die Wahl zwischen beiden Rechtsbehelfen. Ob aber in allen Fällen, ist fraglich. Es liesse sich denken, dass er unter gewissen Voraussetzungen genöthigt ist, diese processualische Ordnungswidrigkeit im Wege der Klage zu verfolgen. Vielleicht, wenn von der amtlichen Untersuchung eine alsbaldige Beantwortung der „Besitz“frage nicht zu erwarten ist.[8])

Von praktischem Interesse ist auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen dem Dritten die gewöhnliche Besitzstörungs-Klage des § 339 des allg. bgl. Gb. zusteht, sei es, dass sie in dem schleunigen Verfahren der kais. Verordnung vom 27. October 1849, R.G.B. No. 12, oder im *possessorium ordinarium* des § 2 daselbst durchgeführt werden soll.

Selbstverständlich kann hiernach überhaupt nur gefragt werden, wenn der Dritte behauptet, zur Zeit der executiven Pfändung juristischer Besitzer der gepfändeten Sache gewesen zu sein. Eine weitere Voraussetzung ist, dass sich der executorische Vorgang als ein Turbationsact im Sinne des citirten Paragraphen unseres allg. bgl. Gb. darstelle. Diese Gesetzesstelle reagirt nur gegen eine eigenmächtige Störung. Dass die Pfändung einer Sache eine Störung des juristischen Besitzes an derselben sei, möge nicht bezweifelt werden. Aber ob sie eine eigenmächtige Störung sei, ist zu erwägen.

Gerichtshofes vom 16. Juli 1878, Z. 8061, Sammlung, XVI, No. 7073 geschieht. Anders die E. vom 12. Juli 1888, Z. 8014, Sammlung, XXVI, No. 12263.

[8]) Die Praxis ist noch nicht geklärt. Doch dürfte das im Texte Gesagte derselben immerhin nicht widersprechen. Vgl. Sammlung, III, No. 1219; IV, No. 1601; VI, No. 3000, 3041; VII, No. 3442; XI, No. 5124; XVI, No. 7073; XXII, No. 9846; XXIII, No. 10765. Ferner: VIII, No. 3757; IX, No. 4215; XIV, No. 6207.

Nach meinem Dafürhalten heisst Eigenmacht im Sinne unseres Paragraphen nicht Mangel der Zustimmung des Besitzers. Vielmehr bildet den Gegensatz zu ihr die Staatsmacht, der obrigkeitliche Act, so dass der hier aufgestellte Rechtssatz die Bedeutung hat, Niemand dürfe den Besitz stören, es sei denn, dass sich die Obrigkeit ihm förmlich an die Seite stellt, es zu seinen Gunsten thut. Und Letzteres geschieht eben im Zwangsvollstreckungsverfahren, vorausgesetzt nur, dass es sich ordnungsmässig abspielt. Damit sind wir zu dem Ergebniss gelangt, dass ein äusserlich formgerecht vorgenommener Executionsact in einer Besitzstörungs-Klage nicht bekämpft werden kann. Wenn also z. B. die bei dem Exequendus deponirte Sache executiv gepfändet ist, so wird der dritte, juristische Besitzer derselben mit der Klage des § 339 des allg. bgl. Gb. nicht durchdringen. Ganz anders ist zu entscheiden, wenn bei der Durchführung der Execution eine Processordnungswidrigkeit vorfiel, welche die Besitzstörung involvirt. Z. B. es wurde eine Sache gepfändet, obgleich apparirte, dass sie sich in Händen des gegen die Execution protestirenden Dritten befand. In einem Falle solcher Art wird ihm, wenn er zugleich juristischer Besitzer ist, die Besitzklage zustehen, freilich nicht gegen die Obrigkeit, aber gegen den Executionssucher, als den Urheber der Störung. Man könnte hiergegen Bedenken nur hegen, wenn eine politische Execution in Frage kommt. Denn hier würde dem Gerichte eine Prüfung der Legalität einer von einem Organe der öffentlichen Verwaltung vollzogenen Amtshandlung eingeräumt werden, und das stände im Widerspruch mit dem Postulate der Trennung der Gewalten! In der That hat der oberste Gerichtshof in seiner E. vom 1. August 1888, Z. 8974 (Nowak, Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Civilsachen, Bd. 3, IV, 58; Sammlung, XXVI, 12291) in einem solchen Falle die Besitzstörungs-Klage ausgeschlossen. Es ist aber andererseits daran zu erinnern, dass dasselbe Tribunal im Judicaten-Buch sub. No. 78 den Gerichten sogar das Recht eingeräumt hat, eine politische Execution zu sistiren und aufzuheben.[9])

[9]) Vgl. oben S. 6—19.

Uebrigens unterscheidet sich die Besitzstörungs-Klage nicht bloss durch ihr Fundament von der sich auf „Besitz“ des Dritten stützenden Exscindirungs-Klage, insbesondere, wenn man das schleunige *possessorium* in Betracht zieht. Denn die auf „Besitz“ gestellte Exscindirungs-Klage wird nicht nach der Analogie der kais. Verordnung vom 27. October 1849, R.G.B. No. 12, sondern bei dem Mangel specieller Normen im ordentlichen Processe durchgeführt, wie das *possessorium ordinarium*. Darum kann die Exscindirungs-Klage auch nach Ablauf der im § 2 daselbst vorgesehenen dreissigtägigen Frist erhoben werden und tritt eine Beschränkung der Cognition (durch Ausschluss der Parteieneide und der nicht anerkannten Entschädigungsansprüche) nicht ein. Dafür ist für die Dauer des Processes eine Sistirung der weiteren Executionsschritte im Sinne des Hofdecretes zulässig.

Nach deutschem Rechte kommt, wenn im Gewahrsam eines Dritten befindliche Sachen ohne dessen Zustimmung gepfändet werden, der viel deutlicher als das österreichische Recht sprechende § 685 Abs. 1 der deutschen C.P.O. in Betracht. Er bestimmt: „Ueber Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche 1) die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder 2) das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen, entscheidet das Vollstreckungsgericht.“ Einer mündlichen Verhandlung über solche Anträge, Einwendungen und Erinnerungen bedarf es nach § 684 Abs. 3 nicht. Gegen derartige Entscheidungen des Vollstreckungsgerichtes ist sofortige Beschwerde nach § 701 zulässig. Von aufschiebender Wirkung ist die Beschwerde im vorliegenden Falle nicht (§ 535, 685), doch kann das Vollstreckungsgericht vor Fällung seiner Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen, namentlich dahin, dass die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen oder nur gegen Sicherheitsleistung fortzusetzen sei. (§ 685).

Darüber sind, wie es scheint, alle Schriftsteller einig, dass Anträge, Einwendungen und Erinnerungen im Sinne des § 685 C.P.O. jedenfalls von den beiden am Zwangsvollstreckungsverfahren unmittelbar betheiligten Personen, nämlich dem Exe-

cutionssucher und dem Exequendus, oder um in der Terminologie der C.P.O. zu sprechen, von dem Gläubiger und dem Schuldner erhoben werden können. Allein darüber herrscht Meinungsverschiedenheit, ob der § 685 nur den genannten und nicht auch anderen Personen zu Gebote steht. Einige Schriftsteller erklären sich für die einschränkende Auslegung,[10]) aber aus unzulänglichen Gründen. In den Motiven zu dem Entwurfe (S. 407) wird allerdings *sub capite V.* „Die Einwendungen in der Zwangsvollstreckung", nachdem vorher von den Einwendungen des Schuldners gegen die Ertheilung der Vollstreckungsclausel die Rede war, gesagt: „Sodann kommen die nach Einleitung des Vollstreckungsverfahrens erhobenen Einwendungen, Anträge und Erinnerungen in Betracht, welche gegen den Modus der Vollstreckung oder das Verfahren des Gerichtsvollziehers gerichtet und ebensowohl von Seiten des Schuldners, als des Executionssuchers denkbar sind." Und im Gegensatz hierzu wird „der Widerspruch Dritter in der Zwangsvollstreckung" erst *sub capite IX.* (Begründung, S. 413 ad § 690 C.P.O.) behandelt. Allein aus den obigen Worten der Begründung kann gewiss nicht auf die Absicht geschlossen werden, dass der Weg des § 685 C.P.O. dritten Personen versagt sein solle,[11]) und zwar umsoweniger, als *sub capite IX.* nicht eigentlich, wie die Ueberschrift anzudeuten scheint, alle wie immer gearteten Widersprüche Dritter in der Zwangsvollstreckung, sondern nur die sog. Exscindirungs-Klagen erörtert werden. In dem § 690 Abs. 1 C.P.O. ist weder gesagt, dass ein Dritter nur im Wege der Klage, noch auch, dass ein Dritter nur auf Grund eines die Veräusserung hindernden Rechtes Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung erheben könne.[12]) Es liegt also kein Grund vor, die Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche der § 685 ohne Beschränkung auf bestimmte Porsonen nennt, nicht auch auf Dritte

---

[10]) So z. B. Olshausen, Die Einsprüche dritter Personen in der Executionsinstanz, S. 102, 103; Voss, Gruchot's Beiträge, XXIII, S. 235, Anm. 3; Nessel, Gruchot's Beiträge, XXVIII, S. 131—134.

[11]) So Voss, Gruchot's Beiträge, XXIII, S. 235, Anm. 3.

[12]) Francke, Zeitschr. f. d. C.P., V, S. 205.

zu beziehen.[13]) Damit sind wir vor die Frage gestellt, wann der Dritte den umständlichen Weg der Exscindirungs-Klage nach § 690 und wann er den viel einfacheren Weg des § 685 zu beschreiten habe, eine Frage, die bei einschränkender Auslegung des zuletzt citirten Paragraphen keine Schwierigkeit bietet, da diese dem Dritten nur den Klage-Weg übrig lässt.

Das Eine steht fest, dass der Dritte, mag er nun Einwendungen, Erinnerungen, Anträge oder die Widerspruchs-Klage einbringen, ein Interesse an der Ergreifung dieser Rechtsmittel haben müsse. Denn sonst fehlt ihm die Legitimation, in eine zwischen anderen Personen sich abwickelnde Rechtsangelegenheit einzugreifen. Im Allgemeinen wird dieses Interesse darin wurzeln, dass durch die Zwangsvollstreckung seine rechtliche Position gefährdet ist. Diese Gefährdung kann eine zweifache sein. Die Execution will in letzter Linie immer nur den Schuldner treffen und Dritte unbehelligt lassen. Darum vollzieht sie sich in einer Form, welche garantirt, dass sie in die Rechtssphäre Dritter nicht eingreife. Allein wenn auch die Form in den meisten Fällen diesen Schutz gewährt, so ist es doch möglich, dass sie hie und da versagt. So kann es geschehen, dass eine formgerechte, d. h. eine sich genau in der vom Gesetze vorgezeichneten Weise abspielende Execution dritte Personen beeinträchtigt. Es ist aber auch umgekehrt möglich, dass eine formwidrige Execution trotz des Formgebrechens jenes Ziel erreicht, d. h. einen fremden Rechtskreis nicht berührt. Freilich wird dieser Fall selten eintreten, desto häufiger aber der, dass eine formwidrige Execution eben durch ihre Formwidrigkeit Dritte tangirt. Man wird also unterscheiden können, ob die Beeinträchtigung des Dritten 1. durch eine formgerechte Execution, also trotz der Beobachtung aller legalen Formerfordernisse, oder 2. durch eine Formwidrigkeit bei der Execution verursacht worden ist.

Im ersten Falle liegt eine äusserlich fehlerfreie Action der öffentlichen Gewalt vor, nur hat dieselbe sich (auch) gegen eine Person bezw. ein Vermögen gerichtet, wider die bezw. das sie

---

[13]) Francke a. a. O. S. 204.

materiell sich nicht kehren durfte. Hier ist die Anwendbarkeit des § 685 durch seinen Wortlaut ausgeschlossen. Denn derselbe setzt voraus, dass entweder der *modus executionis* vergriffen wurde oder dass der *ordo executionis*, das vom Gerichtsvollzieher beobachtete Verfahren eine Incorrectheit enthielt, also totale oder partielle Formverfehlung. Da bleibt nur der Klageweg des § 690 C.P.O. übrig, welcher übrigens, wie oben S. 85 dargelegt wurde, ein die Veräusserung des Executionsobjectes hinderndes Recht des Klägers voraussetzt.

Was ist aber Rechtens, wenn bei der Vornahme der Execution ein Formgebrechen unterlief und dieselbe überdies eine solche ist, dass ihr der Dritte in der Form des § 690 C.P.O. widersprechen könnte? Hier hat er die Wahl zwischen dem im § 685 C.P.O. vorgezeichneten Wege und der Klage des § 690 C.P.O. Er kann aber auch, nachdem er ersteren vergeblich betreten hat, auf die Exscindirungs-Klage zurückgreifen.

Im Anschluss an das Gesagte sollen noch drei von Francke[14]) und später von Nessel[15]) besprochene Fälle betrachtet werden. Was zunächst den Fall anbelangt, dass die ganze Zwangsvollstreckung anstatt gegen den Exequendus gegen den Dritten gerichtet wurde, so möchte ich doch nicht mit Nessel behaupten, dass die Exscindirungs-Klage nach § 690 am Platze sei; ich bin vielmehr der Ansicht, dass hier eine Formwidrigkeit unterlaufen ist. Denn zur Form gehört es doch jedenfalls, dass die Execution gegen den wirklichen Judicatus ihre Richtung nimmt. Darum dürfte in diesem Falle, wie auch Francke annimmt, der Rechtsweg des § 685 offen stehen. Zu demselben Resultat müsste auch wohl Voss[16]) kommen. Derselbe sieht den Dritten in unserem Falle geradezu als den Vollstreckungsgegner an, welcher sich als solcher derjenigen Stellung bedienen dürfe, die ihm durch die concrete Einrichtung des Vollstreckungsverfahrens zugewiesen wurde, wenn er sich auch materiell für berechtigt hält, ausserhalb der

---

[14]) A. a. O. S. 205—207, 222.

[15]) A. a. O. S. 133, 134.

Execution zu stehen. Anders liegt m. E. die Situation in dem zweiten Falle, wo es nämlich offenkundig ist, dass der Gegenstand der Zwangsvollstreckung dem Dritten gehöre. Z. B. der Gerichtsvollzieher findet im Gewahrsam des Schuldners Bücher, welche die bekannte Signatur einer öffentlichen Bibliothek haben und pfändet trotzdem auch diese Gegenstände. Darf man demselben hier eine Formwidrigkeit vorwerfen? Ich glaube nicht; denn der Gerichtsvollzieher ist formell berechtigt, zu pfänden, was er im Gewahrsam des Schuldners findet und darf sich von der Pfändung nicht abhalten lassen, wenn auch der Schuldner für dritte Personen oder diese selbst Ansprüche an den Executionsgegenständen anmelden. (§ 65 des preuss. Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher). Wenn somit der Gläubiger solche offenkundige Ansprüche Dritter nicht gleich anerkennt, so erübrigt diesen gleichwohl Nichts, als den umständlichen Weg des § 690 C.P.O. zu beschreiten.[17]) Der dritte hier zu besprechende Fall ist, dass der Gerichtsvollzieher Sachen pfändet, welche sich im Gewahrsam eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten befinden. Die Pfändung von Sachen ist nur dann formgerecht, wenn sich die Sachen entweder im Gewahrsam des Schuldners oder des Gläubigers oder eines Dritten befinden, der zur Herausgabe derselben bereit ist (§ 712, 713, 772 C.P.O.). Pfändung wider einen zur Herausgabe nicht bereiten Dritten ist eine Formwidrigkeit, auf Grund welcher der Dritte den Weg des § 685 C.P.O. betreten kann. Zu demselben Resultat kommt Voss,[18]) indem er auch in diesem Falle den Dritten als Exequendus, d. h. als denjenigen ansieht, gegen den die Execution thatsächlich ergeht. Führt dieser Weg nicht zum Ziele oder urgirt der Dritte das Formgebrechen nicht, so steht ihm auch der Weg des § 690 C.P.O. offen, vorausgesetzt nur, dass er ein die Veräusserung hinderndes Recht zu haben glaubt.[19])

In letzterer Beziehung unterscheidet sich m. E. das deutsche Recht principiell von dem österreichischen. Nach dem Hof-

---

[16]) Dogm. Jahrb. 23, S. 82, 83.

[17]) Ebenso Voss, Dogm. Jahrb. 23, S. 97, 98.

decrete vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, kann die Exscindirungs-Klage *pure et simpliciter* mit der eben erörterten Formwidrigkeit begründet werden. Der § 690 C.P.O. aber schliesst dies aus.[20]) Denn die Thatsache, dass sich die Sache im Gewahrsam des Dritten befindet, gewährt ihm an und für sich noch nicht ein die Veräusserung derselben durch den Exequendus hinderndes Recht. Selbst wenn der Dritte juristischer Besitzer derselben wäre, fehlt ihm die im § 690 C.P.O. geforderte Legitimation zur Klage. Der juristische Besitz der Sache ist kein die Veräusserung derselben durch den Exequendus hinderndes Recht,[21]) mag sich die Sache, wie hier vorausgesetzt ist, in Händen des Dritten, oder in Händen des Exequendus befunden haben.

Ob endlich dem Dritten die gewöhnliche Besitzstörungs-Klage des Civilrechtes zustehe, ist auch für das Gebiet des deutschen Rechtes nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen, welche oben für das österreichische Recht behauptet wurden. Vgl. insbesondere die E. des Reichsgerichtes v. 16. Juni 1885, 3. Civilsenat, Entsch., Bd. 14, No. 102.[22])

---

[18]) Dogm. Jahrb. XXIII, S. 97.

[19]) E. des Reichsgerichtes vom 9. Juli 1881, 5. Senat, Seuffert Arch., Bd. 37, No. 80; E. des obersten Landesgerichtes für Bayern vom 27. Mai 1882, Sammlung, Bd. 9, No. 207; Seuffert Arch., Bd. 38, N. 192.

[20]) E. des Oberlandesgerichtes Karlsruhe vom 27. November 1883, 2. Senat, Seuffert Arch., Bd. 40, No. 78.

[21]) Unrichtig E. des Oberlandesgerichtes Rostock v. 30. October 1886, Seuffert Arch., Bd. 43, No. 170.

[22]) Aus der Motivirung derselben mögen hier folgende Worte Platz finden: „Wenn auch diese Frage für die Fälle zu verneinen ist, in welchen der Gerichtsvollzieher oder Vollstreckungsbeamte im Gewahrsam des Schuldners . . . befindliche Sachen gepfändet hat, die Pfändung also in Gemässheit der Vorschriften des § 712 C.P.O. . . . in gesetzlicher Weise erfolgt ist und somit eine widerrechtliche, eigenmächtige Besitzentsetzung durch den Gerichtsvollzieher so wenig als durch den Gläubiger, in dessen Auftrag jener gehandelt hat, vorliegt, so ist dieselbe doch zu bejahen, wenn, wie im vorliegenden Falle . . . der Gerichtsvollzieher oder der Vollstreckungsbeamte Sachen gepfändet hat, welche im Gewahrsam und im juristischen Besitz eines Dritten sich befunden haben, welcher zu deren Herausgabe nicht bereit war, wenn also entgegen den Vorschriften im § 713 C.P.O. . . . die Pfändung vorgenommen ist."

Auch nur eine Formwidrigkeit liegt vor, wenn die Mobiliar-Execution Mobilien ergriffen hat, welche Zubehör einer Realität sind. Denn in dem Hofdecrete vom 7. April 1826, J.G.S. No. 2178, und neuerdings im § 3 des Gesetzes vom 10. Juni 1887, R.G.B. No. 74, betreffend die Abänderung, bezw. Ergänzung einiger Bestimmungen des Executionsverfahrens zur Hereinbringung von Geldforderungen, ist gesagt, dass der sog. *fundus instructus* nicht abgesondert in Mobiliar-Execution gezogen, sondern nur zugleich mit der Liegenschaft selbst und nach den Grundsätzen der Immobiliar-Execution gepfändet, geschätzt und versteigert werden dürfe.

Schon Unger[23]) hat darauf hingewiesen, dass die *ratio legis* des Hofdecretes vom 7. April 1826 die Rücksicht auf die Landwirthschaft ist. „Es darf in das bei einem zur Landwirthschaft bestimmten Grundstücke befindliche, zur Beschlagung und Bewirthschaftung des Gutes unentbehrliche Inventar die Hilfe nicht vollstreckt werden, um das Gut nicht in einen solchen Zustand zu bringen, in welchem es ganz entblösst dastände und seine Bewirthschaftung in's Stocken geriethe." Ganz ebenso verhält es sich mit § 3 der Executionsnovelle. Die fraglichen Bestimmungen bezwecken also die Wahrung eines öffentlichen, volkswirthschaftlichen Interesses und darum muss die Vorschrift, dass das auf einer Liegenschaft befindliche Zubehör nur mit dieser Liegenschaft in Execution gezogen werden dürfe, bei der Executionsvornahme von amtswegen, ohne Rücksicht auf die Anträge der Parteien, eingehalten werden. Das ist auch der Standpunkt des österr. obersten Gerichtshofes in den in der Note[24]) angeführten Entscheidungen, in denen ganz ausdrücklich der Weg der Klage für unzulässig erkannt wird.

---

[23]) System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes, Bd. 1, S. 439.

[24]) E. vom 19. November 1867, Z. 9506, Sammlung, VI, No. 2920; vom 1. Juni 1880, Z. 6239, Sammlung, XIX, No. 8752 und noch mehr in den Entscheidungen v. 11. August 1874, Z. 8532, Sammlung, XII, No. 5443; vom 7. April 1875, Z. 3232, Sammlung, XIII, No. 5683 und vom 23. October 1883, Z. 12450, Sammlung, XXI, No. 9615.

Im Gegensatz hierzu giebt es einige andere Entscheidungen, welche die Exscindirungs-Klage zulassen. Bemerkenswerth ist an ihnen, wie sich der oberste Gerichtshof mit der Norm, dass die Exscindirungs-Klage nur von einem Dritten angestellt werden kann, abfindet. Die Entscheidung vom 3. Februar 1859, Z. 978, Sammlung, II, No. 719 mag noch hingehen. Da tritt der Concursmasseverwalter als Kläger auf und verlangt Ausscheidung der Zubehör eines Fabriksgebäudes, welche in eine gegen den Cridar noch vor der Concurseröffnung durchgeführte Mobiliar-Pfändung einbezogen wurde. Aber in der E. v. 29. October 1879, Z. 11879, Sammlung, XIX, No. 8689 wird der Exequendus selbst als Exscindirungs-Kläger zugelassen. Hier beruhigt sich der oberste Gerichtshof bei dem Gedanken, dass derselbe doch eigentlich nicht als Exequendus, sondern in seiner Eigenschaft als Eigenthümer der Realität, also gewissermaassen als Dritter, auftritt. Und in der E. vom 21. Juni 1882, Z. 5577, Sammlung, XX, No. 9026, wirft sich der Hypothekargläubiger, d. h. derjenige Gläubiger, dessen Forderung pfandrechtlich sichergestellt ist auf der Realität, deren sog. *fundus instructus* abgesondert in Execution gezogen wurde, als Exscindirungs-Kläger auf. Auch dieser ist im Sinne des § 3 des Hofdecretes v. 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, zu dieser Klage nicht legitimirt. Denn der citirte Paragraph setzt voraus, dass der Kläger durch die Execution in seinem Besitz, Eigenthum oder anderen Rechten gekränkt sei. Das hier in Betracht kommende Recht des Dritten ist sein besseres Pfandrecht an den immobilisirten Mobilien. Aber nach österreichischem Recht kann es, wie schon oben S. 124 f. bemerkt wurde, der bessere Pfandgläubiger dem schlechteren nicht verwehren, die Pfandsache zur Veräusserung zu bringen. Nur die Pfändung derselben kann er verhindern, wenn er sie in Händen hat. Darum steht auch in dem zuletzt genannten Fall nicht die Exscindirungs-Klage, sondern nur die Rüge ordnungswidriger Execution zu.

Im Deutschen Reich ist „die Art und Weise der Zwangsvollstreckung“ in bewegliches Vermögen durch die C. P. O., diejenige in unbewegliches Vermögen durch das Landesrecht ge-

regelt.[25]) Als bewegliches Vermögen gelten alle Sachen und Rechte, welche nicht zum unbeweglichen Vermögen gehören. Der Begriff des letzteren bestimmt sich aber nach den Landesgesetzen, soweit nicht die C.P.O. selbst hierüber Normen enthält. So sind nach § 714 C.P.O. Früchte, auch bevor sie von dem Boden getrennt sind, der Pfändung unterworfen, also Gegenstand der Mobiliar-Execution, womit jedoch nicht ausgeschlossen ist, dass dieselben nach Landesrecht als Bestandtheile der Immobilien mit letzteren der Immobiliarexecution unterliegen. Ob dagegen bewegliche Pertinenzen einer unbeweglichen Sache, solange das thatsächliche Verhältniss zu letzterer fortdauert, als bewegliche Sachen gepfändet werden können, richtet sich nach Landesrecht. So bestimmt z. B. das preuss. Gesetz vom 13. Juli 1883, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im § 206, dass bewegliche Gegenstände, welche zur Immobiliarmasse gehören, also auch die Früchte und Pertinenzen, der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen nur unterliegen, solange sie nicht im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen in Beschlag genommen sind (§§ 16, 140 daselbst). Die nach der Beschlagnahme vollzogene Pfändung ist hiernach unzulässig, und der Realberechtigte kann ihr nach § 685 C.P.O. widersprechen. Die Klage nach § 690 C.P.O. steht ihm an und für sich nicht zu, es sei denn, dass ihm das betreffende Landesgesetz, wie z. B. eben das preussische, § 206, diese Klage ausdrücklich zugesteht. Der § 710 Satz 1 der d. C.P.O. steht dem Widerspruchsrechte, wo ein solches im Landesrechte begründet ist, keinesfalls entgegen. Denn er bezieht sich überhaupt nicht auf hypothekarische Rechte an Früchten und Pertinenzen unbeweglicher Sachen.[26])

Eine Verpflichtung des Executionsführers, das von dem Dritten in Anspruch genommene Vermögensstück lediglich aus dem Grunde freizugeben, bezw. freizulassen, weil andere un-

[25]) S. aber den Entwurf eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Berlin, 1889.

[26]) E. des Reichsgerichtes v. 15. April 1887, 2. Civilsenat, und vom 6. Juni 1890, 2. Civilsenat, Entsch. Bd. 17, No. 77 und Bd. 26, No. 71.

bestrittener Maassen dem Exequendus gehörige Vermögensstücke vorhanden sind, besteht nach österreichischem und deutschem Rechte nicht. Das die Pfändung vornehmende Amtsorgan hat sich in dieser Beziehung lediglich an die Weisung des Executionsführers zu halten. Es fragt sich nur, ob das Amtsorgan nicht wenigstens in dem Falle, als eine Weisung des Gläubigers nicht entgegensteht, verpflichtet ist, die reclamirten Sachen so lange zu übergehen, als nicht reclamirte vorhanden sind. Das österreichische Recht enthält eine ausdrückliche Bestimmung dieses Inhaltes nicht. Doch wird man auf Grund des § 1 des Hofdecretes v. 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889 und der Natur der Sache annehmen dürfen, dass sich auch der öst. Gerichtsdiener so zu benehmen hat, wie dies z. B. für den preuss. Gerichtsvollzieher der § 65 Absatz 1 der preussischen Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 24. Juli 1879, Just.Min.B. von 1879, No. 31, Anlage zu S. 206 vorschreibt. Derselbe lautet: „Wenn bei der Pfändung von dem Schuldner für dritte Personen oder von diesen selbst an den im Gewahrsam des Schuldners vorgefundenen Gegenständen Ansprüche erhoben werden, so darf sich der Gerichtsvollzieher hierdurch von der Pfändung nicht abhalten lassen. Werden solche Ansprüche nur auf einen Theil der vorgefundenen Gegenstände erhoben, so hat der Gerichtsvollzieher zu ermessen, ob es dem Interesse des Gläubigers entspricht, die in Anspruch genommenen Gegenstände freizulassen. Er darf dies jedoch nur insoweit thun, als die nicht in Anspruch genommenen Gegenstände zur Deckung des Gläubigers und der Kosten der Zwangsvollstreckung ausreichen. Eine etwaige Anweisung des Gläubigers hierbei ist in jedem Falle maassgebend.“[27]) Begeht das Amtsorgan in dieser Beziehung eine Pflichtwidrigkeit, so wird der Dritte doch wohl befugt sein, sie zu rügen.

Fraglich ist, ob ihm auch gestattet werden müsse, darzuthun, dass der Executionssucher durch die bisherigen Executionsschritte zur Genüge bedeckt sei, und dass somit ein

---

[27]) v. Schrutka, Zeitschr. f. Gerichtsvollzieher, 1889, S. 11, 12.

weiterer Executionsschritt nicht unternommen werden dürfe bezw. der schon unternommene rückgängig gemacht werden müsse. Es ist zu beachten, dass in der öst. Gesetzgebung im Gegensatz zu § 708 der C.P.O. für das Deutsche Reich nirgends ausdrücklich gesagt ist, es dürfe zwischen der Execution und der Judicats-Obligation kein Missverhältniss bebestehen, m. a. W. es dürfe nur *pro modo debiti declarati* gepfändet werden. Nichtsdestoweniger wird man behaupten dürfen, dass diese Beschränkung weil selbstverständlich auch im österreichischen Rechte enthalten ist, unbeschadet der dem Executionssucher eingeräumten Freiheit, bei der Wahl der Executionssachen an eine bestimmte gesetzliche Ordnung nicht gebunden zu sein. Hält man diese Aufstellung für richtig, dann muss man noch weiter gehen und sagen, dass das Amtsorgan von amtswegen darüber zu wachen habe, dass das erforderliche Maass nicht überschritten werde. Und von diesem Standpunkt aus steht Nichts im Wege, dass ein Dritter den Beamten an diese Pflicht mahnt oder sich über ihn beschwert. Aber den Weg der Exscindirungs-Klage darf er m. E. nicht betreten. So auch wohl der österr. oberste Gerichtshof in der E. vom 19. October 1865, Z. 8639, Sammlung, V, No. 2297.

---

§ 13.

Verfahrensart.

Der *Art.* 608 *Code de procédure civile* verordnet, dass die Exscindirungs-Frage in der Form des summarischen Verfahrens zu erledigen sei. Selbstverständlich ist hier nicht an beschränkte, sondern an vereinfachte, rasche Cognition zu denken. Auf diese Bestimmung wurde grosses Gewicht gelegt. Das entnehmen wir dem *Discours de M. Real, orateur du Conseil-d'État, en présentant au Corps-Législatif, dans sa séance du 11 avril 1806, le Livre V. de la première Partie du Code de Procédure.* Hier ist gesagt: „*Les droits des tiers sont conservés par l'art. 608, qui, en même-temps qu'il autorise la reclamation, établit une procédure simple et rapide pour la faire juger.*" Das gesetzgeberische Motiv ist klar. Da im französischen Rechte die Reclamation des Dritten für sich allein den Fortgang der Execution hemmt, so muss, um die Hemmung nicht über Gebühr auszudehnen, eine einfache und schleunige Procedur vorgeschrieben werden.[1])

Wo aber der Exscindirungs-Klage als solcher der Suspensiv-Effect nicht beigelegt ist, ist das Bedürfniss nach Summarietät des Verfahrens kein so dringendes.[2]) Darum enthält weder das geltende österreichische Recht noch die C.P.O. für das Deutsche Reich[3]) eine ähnliche Bestimmung. Bezüglich

---

[1]) Garsonnet, Traité théorique et pratique de procédure, tome roitsième, Paris, 1888, S. 658.

[2]) Vgl. aber § 1019 und 1021 in Verb. mit § 1030 P.E.

[3]) Die Begründungen zu E. I (S. 445), II (S. 538) und III (S. 413) der deutschen C.P.O. sagen, da mehr als die blosse Vollstreckung in Frage,

der C.P.O. für das Deutsche Reich ist das selbstverständlich. Denn dort giebt es kein abgekürztes und beschleunigtes Verfahren, welches der summarischen Procedur des französischen Processrechtes entspräche. Nicht so einfach steht die Sache im österreichischen Rechte. Bei uns besteht neben dem ordentlichen Verfahren mit seinen beiden Spielarten, dem ordentlichen schriftlichen und dem ordentlichen mündlichen Verfahren noch eine Reihe von ausserordentlichen Verfahrensarten. Da nun keine besondere Norm existirt, welche vorschreibt, dass die Exscindirungs-Klage in dieser oder jener Verfahrensart zu erledigen sei,[4]) so kommen hier die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung. Damit ist schon diejenige Ansicht zurückgewiesen, welche behauptet, dass der Exscindirungs-Process in derselben Verfahrensart durchzuführen ist, in welcher das Erkenntnissstadium des jetzt sich im Executionsstadium befindenden Processes durchgeführt worden war. Ihr fehlt im heutigen Recht, in welchem der Exscindirungs-Process den Charakter eines Incidentstreites, von geringen Spuren abgesehen, abgestreift hat und zu einem formell selbständigen Verfahren geworden ist, der Boden.[4a]) Nichtsdestoweniger scheint mir noch die E. des obersten Gerichtshofes vom 28. Januar 1873, Z. 437, in ihr befangen zu sein, welche zu folgendem, in das Spruch-Repertorium sub No. 37 aufgenommenen

---

da über materielle Rechte der Betheiligten zu entscheiden sei, so sei die Anwendung des ordentlichen Verfahrens geboten. Es ist aber hierbei, und das diene zur Richtigstellung dessen, was in dem dogmengeschichtlichen Theile S. 203, Anm. 16 behauptet wurde, nicht an den Gegensatz von summarischem Process, sondern von Beschwerdeverfahren im Sinne des § 685 C.P.O. gedacht. Das ergiebt sich deutlich, wenn man die Begründung des E. I zu § 605 (S. 445) mit derjenigen zu § 602—604 (S. 443) vergleicht: Beschwerdeverfahren — ordentliches Processverfahren.

[4]) Bei den Verhandlungen über die Einführung des summarischen Verfahrens in Italien sprach sich der Veroneser Senat in seinem abgeforderten Gutachten u. a. dafür aus, dass auch „Incidenzstreite, welche über geführte Executionen durch Einsprüche dritter Personen entstehen“ diesem Verfahren zugewiesen werden sollen. Dieser Vorschlag wurde aber nicht Gesetz. Schenk, der öst. summarische Process. Wien, 1846; S. 128, 129.

[4a]) Unrichtig daher Kind, Mittheilungen des (Prager) deutschen Juristenvereins, 1883, S. 126.

Rechtssatz Anstoss gab: „Wenn aus Anlass einer auf Grund eines handelsgerichtlichen Urtheils vollzogenen Mobiliarpfändung ein Exscindirungs-Process bei dem Handelsgerichte durchgeführt wird, so hat auch in diesem Exscindirungs-Processe die Bestimmung des § 9 des Patentes vom 9. April 1782, J.G.S. No. 41, bezüglich der darin festgesetzten kürzeren Frist zur Anwendung zu kommen." Ein Blick auf den citirten Paragraphen genügt aber, um die Haltlosigkeit dieser Ansicht zu erkennen. Kann man denn diese Exscindirung ein „Mercantil-Handlungs- oder Wechselgeschäft" nennen?

Die allgemeinen Vorschriften verweisen bloss auf das ordentliche schriftliche und mündliche, und nur unter gewissen Voraussetzungen auf das Summarverfahren mit der oberen Competenzgrenze von 500 und das Bagatellverfahren mit der oberen Competenzgrenze von 50 fl. ö. W. Regelmässig ist der Exscindirungs-Process im ordentlichen, und zwar je nach der Sachlage[5]) entweder im ordentlichen schriftlichen oder im ordentlichen mündlichen Verfahren durchzuführen. Nur wenn den Voraussetzungen des § 2 des Hofdecretes vom 24. October 1845, J.G.S. No. 906, bezw. des § 1 Ziff. 2 des Gesetzes vom 27. April 1873, R.G.B. No. 66, entsprochen ist, findet das Summar- bezw. Bagatellverfahren statt.[5a]) Diese Gesetzesstellen verlangen insbesondere, dass der Exscindirungs-Kläger sich ausdrücklich erbiete, anstatt der „Freigebung" einen Geldbetrag, welcher 500 bezw. 50 fl. ö. W. nicht übersteigt, anzunehmen.[6]) Ueber die juristische Wirkung dieser Erklärung — eine Frage, die einer eingehenden Untersuchung würdig wäre[7]) — ist hier nicht zu handeln. Aber hervorgehoben mag werden, dass die Praxis geneigt ist, die einschlägigen Vorschriften lax zu handhaben. Sie hält sich jetzt

---

[5]) Ullmann, Das öst. Civilprocessrecht, 2. Aufl., S. 283—288.

[5a]) E. des obersten Gerichtshofes vom 31. October 1888, Z. 10201, Gerichtshalle, 1889, No. 13. Aber Kind, a. a. O.

[6]) Derselbe ist im Bag. Ges. ausdrücklich als Abfindungsbetrag bezeichnet.

[7]) Vgl. Ullmann, a. a. O. S. 493, Anm. 4 und erläuternde Bemerkungen zu dem Entwurf einer C.P.O. von 1881, S. 17.

allenthalben an eine E. des obersten Gerichtshofes v. 22. April 1863, welche sub No. 53 in's Judicatenbuch aufgenommen wurde. Der Sachverhalt war folgender. Wegen einer Forderung auf 20 fl. war die executive Pfändung und Schätzung von auf 30 fl. geschätzten Einrichtungsstücken erwirkt worden. In der wegen Exscindirung derselben überreichten Klage wurde eine Tagsatzung zur summarischen Verhandlung verlangt. Beide Untergerichte wiesen dieses Ansuchen zurück, „weil das Hauptbegehren der Klage auf das Eigenthum von Effecten und nicht auf die Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet ist und weil mit dem Klagebegehren das Anerbieten, einen über 200 Gulden[8]) nicht übersteigenden Betrag statt der Effecten anzunehmen, nicht verbunden wurde . . . .“ Der oberste Gerichtshof hat jedoch die Einleitung des summarischen Verfahrens angeordnet, weil aus der Klage selbst unzweifelhaft hervorgeht, dass das Aequivalent der vom Kläger angesprochenen Effecten den Betrag von 200 fl. nicht nur nicht übersteige, sondern bei weitem nicht erreiche und weil die Anwendung der §§ 1 und 2 des Hofdecretes vom 24. October 1845 über das Summarverfahren auf diesen Fall offenbar der klaren Absicht des Gesetzgebers zuwiderlaufen würde. Der damals aufgestellte principielle Rechtssatz lautet: „Das summarische Verfahren findet auch über eine Klage auf Verabfolgung von Sachen, deren Werth in der Schlussbitte nicht angegeben wird, dann statt, wenn aus der Beschaffenheit der Gegenstände oder aus den Behelfen der Klage hervorgeht, dass der Werth dieser Sachen 200 fl. nicht übersteige.“

Trotz der Form des Verfahrens bleibt natürlich der Charakter der Exscindirungs-Klage als eines Rechtsmittels aufrecht bestehen. Giebt es doch auch noch andere Rechtsmittel, welche in der Form eines gewöhnlichen Civilprocesses zur Erledigung gebracht werden müssen. Hält man diesen Charakter unserer Klage fest, so ergiebt sich die Lösung der folgenden beiden mit einander verwandten Zweifelsfragen von selbst.

---

[8]) Damals betrug die obere Competenzgrenze des Summarverfahrens nur 200 fl. ö. W.

Die eine gehört dem Gebiete des österreichischen Rechtes an und geht dahin, ob Derjenige, welcher für den Executionssucher in dem Zwangsvollstreckungsverfahren auftritt, auch zur Annahme der Exscindirungs-Klage ermächtigt sei. Ein interessanter Fall dieser Art wird in Sammlung, XXII, No. 10357 mitgetheilt. Zur gerichtlichen Eintreibung einer Forderung der cumulativen Waisencasse war ein Curator bestellt worden, der den Process und die Execution durchführte. Als ihm die Exscindirungs-Klage eines Dritten zugestellt wurde, legte er dieselbe zurück und der oberste Gerichtshof bestätigte in seiner E. vom 25. October 1883, Z. 12150 die Annahme des Rückerlages mit der Begründung, dass der Curator nach Inhalt seines Bestellungsdecretes keineswegs befugt ist, für die cumulative Waisencasse eine gegen diese gerichtete Klage mit processualischer Rechtswirkung in Empfang zu nehmen; dass der von dem Dritten intendirte Exscindirungs-Streit nicht als Nebenstreit in dem von dieser Waisencasse gegen den Exequendus geführten Processe im Sinne des Hofdecretes vom 25. April 1802, J.G.S. No. 561 zu betrachten ist. Von dem in diesem Buche vertretenen Standpunkt aus ist diese Auffassung nicht richtig. Denn, wenn der Curator legitimirt ist, eine executorische Maassregel zu extrahiren, so muss er auch dazu legitimirt sein, auf die diese Maassregel anfechtende Exscindirungs-Klage Rede und Antwort zu stehen.

Aehnlich ist die dem deutschen Rechte entstammende Frage zu beantworten, ob die Zustellung der Exscindirungs-Klage nach § 77 der deutschen C.P.O. an den Processbevollmächtigten des Gläubigers giltig erfolgen könne, bezw. an ihn erfolgen müsse.[9])

[9]) Seuffert, C.P.O. Note 2 d. A. M. Gaupp, C.P.O., 2. Aufl. zu § 690 III, welcher die Zustellung entweder an den Processbevollmächtigten des Gläubigers oder an diesen selbst zulässt und Petersen (Hamburg), Zeitschr. f. d. C.P., Bd. IX, S. 363 ff., welcher nur die Zustellung an den Gläubiger gestattet.

§ 14.

Mitbeklagung des Exequendus.

Die gemeinrechtlichen Schriftsteller fassen die Exscindirungs-Klage als einen Fall der Principal-Interventions-Klage auf. Diese Theorie hat in Particularrechten vielfach gesetzliche Anerkennung gefunden. So z. B. in der allgemeinen Gerichtsordnung für die preussischen Staaten vom 6. Juli 1793. Hier (I, Titel 24 § 75) ist bestimmt, dass die Sache „zwischen dem Intervenienten einer- und dem Gläubiger und Schuldner andererseits nach Vorschrift des Titel 18 von der *interventione principali* . . . erörtert werden“ müsse. Dennoch wurde, und zwar mit Recht, von dem Ober-Tribunal in Berlin am 6. Februar 1852[1]) erkannt, dass die Exscindirungs-Klage, wenn der Schuldner den Anspruch des Intervenienten anerkennt, lediglich gegen den Extrahenten der Execution anzubringen sei. Dem gegenüber bedeutet das österreichische Hofdecret vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, einen unverkennbaren Fortschritt. Dasselbe unterscheidet sich vom gemeinen Rechte und der demselben folgenden altpreussischen Legislation dadurch, dass es den Gedanken einer Principal-Intervention von vornherein ausschliesst. Sowohl aus der Fassung desselben als auch aus den gesetzgeberischen Vorverhandlungen ergiebt sich, dass die Exscindirungs-Klage als eine Klage gedacht ist, welche der Dritte nur gegen den Executionsführer erhebt. Anderer Ansicht sind freilich Heyssler in Grünhut's Zeitsch., Bd. 2, S. 78, Menger, ebenda, Bd. 7, S. 689 fg., D. Ullmann, das

[1]) Striethorst, Archiv, Bd. 6, S. 27.

öst. Civilprocessrecht, 2. Afl., 1887, S. 120 (anders, 3. Aufl., 1892, S. 218) und Beidtel, Handbuch des öst. Gerichtsverfahrens, Wien 1853, S. 574. Allein auch die späteren legislatorischen Versuche haben sich, wenn man von den prov. Civilprocessordnungen für Ungarn und Siebenbürgen vom 1852 absieht, von dem gemeinrechten Interventionsgedanken ferne gehalten.[2])

Auch nach dem *Code de procédure civile, Art. 608*[3]) ist unsere Klage sowohl gegen den Executionsführer als auch gegen den Exequendus zu erheben. Derselbe sagt: *Celui, qui se prétendra propriétaire des objets saisis ou de partie d'iceux, pourra s'opposer à la vente par exploit signifié au gardien, et denoncé au saisissant et au saisi, contenant assignation libellée et l'énonciation des preuves de propriété, à peine de nullité . . .* Beachtenswerth ist, was hiezu Gilbert, *Codes annotés de Sirey, Vol. III*, S. 386, Anm. 7, unter Bezugnahme auf ein Urtheil vom 22. März 1848 bemerkt: *La peine de nullité portée par l'art. 608 contre l'acte de revendication d'objets saisis sur un tiers, n'est pas restreinte au defaut d'énontiation, dans l'exploit, des preuves de propriété, elle s'étend aussi au défaut d'assignation au saisissant et au saisi. L'ommission de cette dernière formalité rend l'opposition nulle et comme non avenue: le saisissant peut, sans s'y arrêter procéder à la vente. Toute assignation, donnée après cette vente est sans effet.*

Dem französischen Recht ist der Art. 870 der Processordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern vom 29. April 1869 nachgebildet, nach welchem der Dritte seinen Anspruch mittelst einer gegen den Gläubiger und den Schuldner zu erhebenden Klage oder durch Intervention in dem zwischen diesen Parteien über die Vollstreckung anhängigen Processe geltend zu machen hat. Der Ministerial-Commissär hatte im Gesetzgebungsausschusse es als in der Natur des Verhältnisses liegend bezeichnet, dass die Klage den betreibenden Gläubiger und zugleich den Schuldner berühren

---

[2]) Vgl. Näheres im dogmengeschichtlichen Theile, S. 189, 190.

[3]) Vgl. auch das Processgesetz für den Canton Genf, *Titre XXVII, section IV, art. 438*, Abs. 2.

müsse (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1866/67, Bd. III, Abth. 3, S. 167, Sp. 1). Die Praxis der bayerischen Gerichte hielt sich sklavisch an den Wortlaut dieser Vorschrift.[4]) Zur Rechtfertigung diente ihr eine Argumentation, die am deutlichsten in dem unten Note[4]) citirten E. vom 5. Januar 1872 ausgeführt ist. Die Rechtskraft des Freigebungs-Erkenntnisses müsse auch den Schuldner miterfassen, „weil diesem, wenn das Erkenntniss keine Wirkung gegen ihn habe, nach Lage der Sache der Einwand gegen den Gläubiger nicht benommen wird, die Dienlichkeit des beschlagnahmten Gegenstandes als eines entsprechenden Deckungsmittels für den Gläubiger sei ihm gegenüber keineswegs aberkannt und deshalb sei ein weiterer Zugriff des Gläubigers auf andere Vermögensbestandtheile vorerst unstatthaft.“ Hierdurch wurde dem beklagten Executionsführer, wenn der Exequendus nicht mitbeklagt war, die im gemeinen Rechte sog. *exceptio plurium litis consortium* gewährt, über deren Verwerflichkeit man längst einig ist.

Die richtige Auffassung macht sich in den Vorarbeiten zur deutschen C.P.O. geltend. Der § 583 der allgemeinen bürgerlichen Processordnung für das Königreich Hannover v. 8. November 1850 verweist den Exscindirungs-Werber zwar noch auf den Weg der Intervention und nöthigt ihn im § 584 Abs. 2, zu dem für die Verhandlung der Interventionsanträge bestimmten Termin zugleich den Exequendus mit vorladen zu lassen. Aber schon bei der Berathung einer allgemeinen Civilprocessordnung für die deutschen Bundesstaaten in der hannöverschen Commission wurde die richtige Ansicht vertreten. Das geschah in der 228. Sitzung[5]) bei der Erörterung des § 661 der Vorlage des Referenten, welcher unter Anderem bestimmte: „Der Gerichtsvollzieher hat mit dem Vollstreckungsverfahren einzu-

---

[4]) E. des obersten Gerichtshofes für Bayern vom 5. Januar 1872, Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprocesses, Bd. I, No. 193 und vom 6. November 1872, Sammlung, Bd. III, No. 46; vgl. auch E. vom 31. December 1874 und vom 9. Juli 1875, Sammlung, Bd. V, No. 347 und 369.

[5]) Protocolle, Bd. XI, S. 4193—4197.

halten . . . 3. auf Grund einer Urkunde, aus welcher hervorgeht, dass eine Klage wegen Widerspruchs gegen die Zulässigkeit des Vollstreckungsverfahrens hinsichtlich eines in Beschlag genommenen Gegenstandes behändigt sei." Die No. 3 beantragte ein Abgeordneter zu streichen. Es handle sich hier, bemerkte der Antragsteller, um eine Intervention Dritter gegen die beantragte Vollstreckung. Wie in dieser Beziehung zu verfahren sei, bestimmen die von der Hauptintervention handelnden §§ 60—62 der Vorlage. Im § 62 werde nun gesagt, dass die Aussetzung des Vollstreckungsverfahrens angeordnet werden könne, wenn der Haupt-Intervenient bescheinige, dass durch die Vollstreckung des im Hauptprocesse gefällten Urtheils sein Anspruch dem Verlust ausgesetzt oder eine Erschwerung der Rechtsverfolgung herbeigeführt werde. Im Widerspruch hiermit werde in der No. 3 des § 661 dem Gerichtsvollzieher geboten, bei Behändigung einer Interventions-Klage ohne weiteres mit der Vollstreckung einzuhalten, ohne dass es also auf irgend welche Bescheinigung ankomme. Zur Vermeidung eines solchen Widerspruches empfehle es sich, die No. 3 zu streichen; sie durch eine andere Bestimmung zu ersetzen, sei nicht nöthig, weil die allgemeinen Vorschriften des § 62 von selbst Platz greifen. Ueber den Antrag entspann sich eine lebhafte Debatte. Der Referent bemerkte, der hier behandelte Fall sei ein ganz anderer, als derjenige, auf welchen die §§ 60—62 des Entwurfes sich beziehen. Dort sei davon die Rede, wenn ein Dritter einen Anspruch an eine Sache erhebe, über welche zwischen zwei Personen ein Rechtsstreit anhängig sei, hier davon, wenn ein Dritter eine Sache beanspruche, welche vom Gläubiger dem Schuldner zur Befriedigung seines Anspruches abgepfändet worden sei, nicht aber selbst den Gegenstand des Hauptprocesses gebildet habe. Dieser Unterschied sei auch bereits bei Berathung der § 60—62 in der 51. Sitzung [6]) deutlich hervorgehoben worden. Ein Widerspruch liege deshalb auch nicht vor, wenn in Bezug auf die Hemmung der Vollstreckung hier andere Grundsätze aufgestellt werden,

[6]) Protocolle, Bd. III, S. 710.

wie in § 62 bei der Haupt-Intervention. Hierauf wurde entgegnet, im § 661 No. 3 und im § 669, auf welchen jener Paragraph Bezug nehme, sei nicht bloss von Pfändung die Rede, sondern von jedem Zwangsverfahren, z. B. auch von zwangsweiser Herausgabe der Sache, bei welcher jedenfalls im Falle einer Intervention eines Dritten die §§ 60—62 Anwendung finden würden. Wäre das aber auch nicht der Fall, so liege doch zweifelsohne ein ganz ähnliches Verhältniss vor, wie die Haupt-Intervention, eine Einmischung eines Dritten in einen Rechtsstreit zwischen Gläubiger und Schuldner, und dieselben Gründe, welche dort zu der Bestimmung geführt haben, dass auf erhobene Intervention die Vollstreckung des im Hauptprocesse abgegebenen Urtheils nicht ohne weiteres, sondern nur nach vorgängiger Bescheinigung des drohenden Verlustes oder der erheblichen Erschwerung der Rechtsverfolgung gehemmt werden könne, treffen auch hier zu. Nach dem System des Entwurfes würde ein Dritter, welcher die muthwilligsten Ansprüche an die gepfändete Sache erhebe, z. B. eine Ehefrau, welche wider besseres Wissen einen ihrem Ehemann abgepfändeten Gegenstand als ihr Dotalgut in Anspruch nehme, den Fortgang der Vollstreckung bis zur Erledigung der von ihr erhobenen Klage hemmen können; eine solche Verschleppung zu verhindern, sei ebenso nöthig, wie in den Fällen des § 62. Der Referent erwiderte hierauf, in § 661 No. 3 sowohl wie in § 669 sei nur von einem in Beschlag genommenen Gegenstande die Rede, worunter nur ein abgepfändeter, nicht aber ein solcher, dessen Herausgabe vom Kläger verlangt werde, verstanden werden könne. Der Fall des § 60 liege deshalb hier niemals vor. Ebenso wenig sei aber das Verhältniss als ein so ähnliches anzusehen, dass dieselben Gründe, welche für die Bestimmung des § 62 maassgebend gewesen seien, auch hier zutreffen. In § 62 werde vorausgesetzt, dass alle darin in Betracht kommenden Personen ein gleiches Recht an der Sache selbst beanspruchen; alsdann sei es nicht angemessen, das der Dritte auf Grund des von ihm zuletzt erhobenen Anspruches ohne weiteres die Vollstreckung des zwischen den beiden anderen über die Sache

selbst ergangenen Urtheils hemmen könne; hier aber sei der Hauptprocess gar nicht über die Sache selbst geführt, der Gläubiger mache an dieselbe an und für sich gar keinen Anspruch, sondern beantrage nur behufs seiner Befriedigung wegen eines anderen Anspruches deren Veräusserung; unter diesen Umständen sei es natürlich, dass das angeblich stärkere Recht des Dritten an die Sache erst ausgemacht werde, ehe dieselbe dazu verwendet wird, die Forderung eines Gläubigers zu befriedigen. Man könne doch nicht eine Sache, deren Eigenthum ein Dritter beanspruche, von einem Gerichtsvollzieher in öffentlicher Auction verkaufen lassen! Abgesehen davon, dass sich dies legislativ nicht rechtfertigen lasse, würde es in hohem Grade zweifelhaft sein, welche Rechtsfolgen eine solche Veräusserung habe.

Zu dem § 669 der Vorlage des Referenten, in welchem es hiess: „Ein Widerspruch dritter Personen . . . . ist mittelst Klage gegen den Gläubiger und Schuldner als Streitgenossen geltend zu machen,“ wurde in der 232. Sitzung[7]) beantragt, die Worte „gegen den Gläubiger und Schuldner als Streitgenossen“ zu streichen. Nach der Fassung der Vorlage, wurde von dem Antragsteller und von anderer Seite bemerkt, müsse der Dritte in dem hier unterstellten Falle die Klage gegen den Gläubiger und den Schuldner als Streitgenossen anstellen. Der Letztere, welchem die von dem Dritten in Anspruch genommene Sache im Wege der Zwangsvollstreckung abgenommen sei, werde aber in der Regel das Recht des Dritten gar nicht bestreiten, oft vielmehr in der Lage sein, dem dritten Intervenienten beizutreten, und scheine es daher nicht gerechtfertigt, vorzuschreiben, dass er als Streitgenosse des Gläubigers belangt werden müsse. Der Referent erklärte sich gegen den Antrag, indem er bemerkte: Es handle sich hier darum, zu bestimmen, dass der Gläubiger und Schuldner in dem unterstellten Falle als Streitgenossen zu betrachten seien, was ausgesprochen werden müsse, da dies aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 55, 56 nicht folge, indem diese auf den vor-

---

[7]) Protocolle, Bd. XI, S. 4261.

liegenden Fall nicht passen. Wenn der Schuldner das Recht des Dritten an der in Beschlag genommenen Sache nicht bestreite, so brauche er allerdings nicht mitbelangt zu werden; wenn er aber mitverklagt werde, so soll er als Streitgenosse angesehen werden. Es habe diese Vorschrift namentlich für den Fall Bedeutung, wenn eine Sache gepfändet sei, welche der Schuldner als sein Eigenthum in Anspruch nehme, deren Eigenthümer jedoch ein Dritter zu sein behaupte. Wenn es nicht die Absicht sei, wurde von verschiedenen Mitgliedern bemerkt, vorzuschreiben, dass der Schuldner in jedem Falle von dem dritten Intervenienten als Streitgenosse mitbelangt werden solle, so müsse dieser Paragraph anders gefasst werden, da die jetzige Fassung nicht in dem Sinne werde verstanden werden, welcher ihr beigelegt sei, und wurde daher vorgeschlagen, die in dem Antrag hervorgehobenen Worte zu streichen, nach dem ersten Absatz aber *salva redactione* hinzuzufügen: „Die Klage kann nach Umstanden zugleich gegen den Gläubiger und Schuldner als Streitgenossen angestellt werden." Bei der Abstimmung wurden beide Anträge angenommen. Der Abs. 2 des Paragraphen wurde in folgender Weise formulirt: „Wird die Klage gegen den Gläubiger und Schuldner zugleich gerichtet, so sind die Beklagten als Streitgenossen anzusehen." In der 243. Sitzung[8]) beantragte ein Abgeordneter, diesen Absatz dahin zu fassen: „Die Klage kann gegen den Gläubiger und den Schuldner als Streitgenossen gerichtet werden," da in der Fassung des Redactions-Entwurfes eine sachliche Aenderung des früheren Beschlusses enthalten sei. Aus demselben Grunde stellte ein anderer Abgeordneter den Antrag auf wörtliche Wiederherstellung der Fassung des früheren Beschlusses: „Die Klage kann nach Umständen zugleich gegen den Gläubiger und Schuldner als Streitgenossen angestellt werden." Von anderen Seiten wurde bestritten, dass die Fassung des Redactions-Entwurfes dem Gedanken, welcher dem früheren Beschluss zu Grunde gelegen habe, nicht entspreche, und behauptet, dass die Fassung der beiden Verbesserungsanträge

---

[8]) Protocolle, Bd. XII, S. 4443. Vgl. auch die 355. Sitzung.

einen allgemeinen Satz ausspreche, welcher auf alle möglichen Fälle passe und hier gar keine besondere Bedeutung haben werde. Bei der Abstimmung wurden beide Verbesserungsanträge abgelehnt. Aus diesem Grunde lautet der zweite Absatz des correspondirenden § 687 H.E.: „Wird die Klage gegen den Gläubiger und Schuldner zugleich gerichtet, so sind die Beklagten als Streitgenossen anzusehen.“

In der Commission zur Ausarbeitung des Entwurfes einer C.P.O. für die Staaten des norddeutschen Bundes, der 334. Sitzung [9]), war man darüber einig, dass durch die Bestimmungen über die Widerspruchsklage die von der Hauptintervention handelnden nicht berührt würden. Ueberdies wünschte man von einer Seite ausser Zweifel gestellt zu sehen, dass wie bei der Hauptintervention die Klage gegen beide Theile gerichtet werden müsse. Die Commission beschloss jedoch, das Gegentheil zu verordnen, indem man davon ausging, dass das Vorhandensein der *actio nata* resp. die Passivlegitimation, namentlich hinsichtlich des Schuldners, sich nur nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles bestimmen lasse. Man war einverstanden, dass, wenn die Klage gegen Beide gerichtet werde, dieselben als Streitgenossen anzusehen seien. Dem entspricht der Abs. 2 im § 919 N.E., welcher lautet: „Wird die Klage gegen den Gläubiger und den Schuldner gerichtet, so sind dieselben als Streitgenossen anzusehen.“ In der gleichen Fassung findet er sich im E. I, § 605; E. II, § 627; E. III, § 639 und im § 690 C.P.O. Die Begründung zu E., I S. 445, 446 enthält die Bemerkung, dass die Klage nicht nothwendig gegen den Schuldner mit gerichtet zu werden braucht, da dieser die Rechte des Dritten vielleicht anerkennt; eintretendenfalls aber könne der Schuldner wie bei einer Hauptintervention nur Streitgenosse des Gläubigers sein. Sie findet sich auch in der Begründung zu E. II, S. 537 und derjenigen zu E. III, Hahn, I, S. 442. In den Motiven zu E. II und III taucht aber auch noch eine Bemerkung auf, welche sich über die principielle Unzulässigkeit der Principal-Intervention im Executionsstadium

[9]) Protocolle, Bd. IV, S. 2006.

ausspricht. Sie möge nach der Begründung zu E. III, Hahn, I, S. 441 in ihrem ganzen Zusammenhange wiedergegeben werden: „Der Widerspruch eines Dritten gegen die Zwangsvollstreckung (sog. Executions-Intervention) kann sich wider die Veräusserung eines beim Schuldner gepfändeten oder zu versteigernden Gegenstandes richten. Daneben steht der Fall, dass der Dritte dem Vollzuge des erstrittenen Urtheils selbst widerspricht, indem er die Sache *(species)* für sich in Anspruch nimmt, deren Herausgabe Gegenstand des Hauptprocesses gewesen und nunmehr Object der beginnenden Zwangsvollstreckung (§§ 716ff. = §§ 769 ff. C.P.O.) ist. Die Hauptintervention aus § 61 (= § 61 C.P.O.) ist ausgeschlossen, sobald das Urtheil des Hauptprocesses die Rechtskraft beschritten hat."

In der That ist die Exscindirung nach § 690 C.P.O. von der Principal-Intervention nach § 61 begrifflich verschieden. Nicht darin liegt aber die Verschiedenheit, dass die Principal-Intervention nur bis zur rechtskräftigen Entscheidung, die Exscindirung erst nach der rechtskräftigen Entscheidung des Hauptprocesses möglich ist. Denn z. B. bei der Execution auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urtheils ist die Exscindirung vor der Rechtskraft des Urtheils möglich. Auch das ist nicht wesentlich, dass der Gerichtsstand abweichend geregelt ist. Sondern darin zeigt sich die Verschiedenheit, dass Veranlassung und Ziele andere sind. Die Hauptintervention wird durch die Rechtshängigkeit eines Processes veranlasst, dessen Entscheidung möglicherweise mit Ansprüchen des Intervenienten collidirt, die Exscindirung dagegen durch Zwangsmaassregeln, welche in den Vermögenskreis des Dritten übergreifen. Die Hauptintervention sucht ein einheitliches Urtheil unter drei Parteien über eine Sache oder ein Recht herbeizuführen. Die Exscindirung dagegen hat nur die Freigebung des saisirten Vermögensstückes aus dem Executions-Nexus zum Ziel. Eine Mitbeklagung des Exequendus ist nur möglich, wenn der Dritte sich nicht auf die Exscindirung beschränkt, sondern sein materielles Vermögensrecht selbst, sei es in Form einer auf Herausgabe der Sache gerichteten Leistungs- oder einer Feststellungsklage geltend macht. Dann liegt aber eine Cumulation

des Rechtsmittels der Exscindirungs-Klage mit der civilrechtlichen Klage gegen den Exequendus (als Besitzer etc.) vor; selbstverständlich steht aber dem Dritten die Feststellungsklage gegen den Exequendus nur zu, wenn er ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung seines Rechts hat (§ 231 der deutschen C.P.O.). Obgleich es nun in einem solchen Falle an den Voraussetzungen einer Streitgenossenschaft im Sinne der §§ 56 und 57 der deutschen C.P.O. fehlt, da der materielle Anspruch des Dritten gegen den Exequendus wesentlich verschieden ist von dem auf Beseitigung der Vollstreckung gerichteten Rechtsmittel und auf einem anderen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruht, so soll doch nach § 690 Abs. 2 der deutschen C.P.O. die Verbindung dieser beiden Klagen gestattet sein und es sind dann der Executionsführer und der Exequendus als Streitgenossen anzusehen. Es bedurfte hiernach dieser positiven Bestimmung, um überhaupt eine Streitgenossenschaft und damit die Verhandlung und Entscheidung der heterogenen Ansprüche in einem Processe zu ermöglichen. Deshalb ist es nicht richtig, wenn die E. des Reichsgerichtes v. 10. März 1887, 6. Senat, Seuffert, Arch., Bd. 42, No. 187 aus der Bestimmung des Abs. 2 folgern will, dass die Widerspruchs-Klage nur die materiellrechtliche Klage selbst sei. Diese Streitgenossenschaft ist jedoch keine nothwendige im Sinne des § 59 der deutschen C.P.O., weil bei der Widerspruchs-Klage das materielle Recht des Dritten nicht den Gegenstand des Streits bildet, also auch nicht einheitlich beiden Theilen gegenüber festzustellen ist und weil es der Mitbelangung des Exequendus für diese Klage gar nicht bedarf, die Streitgenossenschaft also auch nicht aus „einem sonstigen Grunde“ nothwendig ist.

§ 15.

Gerichtsstand.

Die allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten vom 6. Juli 1793 enthält eine ausdrückliche Bestimmung über den Gerichtsstand der Exscindirungs-Klage nicht. Daraus wurde jedoch nicht gefolgert, dass auf dieselbe die allgemeinen Vorschriften über sachliche und örtliche Competenz anzuwenden seien. Vielmehr erblickte man, und das mit Recht, in A.G.O. I, Titel 24, §§ 75, 76 die stillschweigende Statuirung eines ausschliesslichen Sondergerichtsstandes. In dem zuletzt genannten Paragraphen ist vorgeschrieben, dass die Sache, „zwischen dem Intervenienten einer- und dem Gläubiger und Schuldner andererseits, nach Vorschrift des Titel 18 von der *interventione principali* . . . erörtert werden“ müsse. Hiernach wurde der Gerichtsstand der Exscindirungs-Klage als ein Fall des Gerichtsstandes der Principal-Interventions-Klage gedacht, welcher bei demjenigen Gerichte begründet ist, bei welchem der „Hauptprocess“ schwebt.[1]) Es fragt sich nur, welches das Verfahren ist, das der Exscindirungs-Sache als „Hauptprocess“ zur Unterlage dient. Der Ansicht, welche auf das Cognitionsverfahren zwischen Gläubiger und Schuldner zurückgreift, kann nicht beigepflichtet werden. Schon aus dem Grunde nicht, weil ein solches nicht immer vorliegt, indem das Executionsverfahren sich auch an einen Executions-Titel anschliessen kann, der kein gerichtliches Erkenntniss ist. So erübrigt nur

---

[1]) E. des Reichsoberhandelsgerichtes vom 28. Juni 1872, 1. Senat, Entsch., Bd. 7. No. 2.

das Executionsverfahren, in welches sich die Exscindirung in der That wie ein Incidentpunkt einzuschieben sucht. Doch bedarf das Gesagte einer schärferen Bestimmung in den Fällen, in welchen das Gericht, welches die Vollstreckbarkeit des Erkenntnisses ausspricht, nicht selbst die Zwangshandlungen vornimmt, sondern um deren Vornahme das Gericht der Zwangsbereitschaft ersucht. Hier ist das ersuchte Gericht, und nur dieses, Gerichtsstand für die Exscindirungs-Klage im Sinne der preussischen Gerichtsordnung. Das ergiebt sich nicht bloss aus den angestellten Betrachtungen, sondern auch aus dem Wortlaute des oben citirten § 75. Denn nach demselben hat der Executor den Intervenienten wegen näherer Ausführung seines Eigenthums an das Gericht, d. h. an dasjenige Gericht zu verweisen, welches demselben die Auspfändung aufgetragen hatte.[2])

In Oesterreich besteht ein Sondergerichtsstand für Executions-Exscindirungs-Klagen erst seit dem oft citirten Hofdecret vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889. Vorher galt es wohl als selbstverständlich, dass sie, wenn überhaupt, nur bei dem Personalgerichtstand des Executionssuchers angebracht werden konnten. Denn ein anderes Forum konnte gar nicht in Betracht kommen. Das gilt in erster Reihe von dem Gerichtsstand der belegenen Sache. Und zwar nicht so sehr aus dem Grunde, weil die Exscindirungs-Klage an sich keine Eigenthums-Klage ist, denn als solche wurde sie damals allgemein aufgefasst, sondern weil die zu jener Zeit noch in Geltung stehenden josefinischen Jurisdictions-Normen ein *forum rei mobilis sitae* überhaupt nicht kannten.[3]) Aber auch der Gerichtsstand der zusammenhängenden Streitsachen war nicht anwendbar, wie schon aus dem Wortlaut des § 40 A.G.O. hervorgeht. Und endlich stand die selbständige Natur der Klage im Wege, sie als einen Incidentpunkt des Zwangsvollstreckungsverfahrens vor das Zwangsvollstreckungsgericht zu verweisen.

---

[2]) Zu demselben Ergebniss, wenngleich auf einem anderen Wege gelangt Baur, Gruchot's Beiträge, Bd. 5, S. 150 ff.

[3]) Vgl. Stubenrauch, Handbuch der . . Jurisdictionsnormen, Wien, 1842, S. 121.

Der § 3 unseres Hofdecretes enthält folgende hierher gehörige Gerichtsstandsregel: „Diejenigen, welche sich in ihrem Besitze, Eigenthum oder anderen Rechten für gekränkt halten, haben solche, um die Aufhebung der Execution zu bewirken, bei dem Richter, welcher die Execution vorgenommen hat, oder wenn deren Vornahme auf Ersuchen einer anderen Gerichtsbehörde erfolgt wäre, nach ihrer Wahl bei dem einen oder dem anderen dieser beiden Gerichte geltend zu machen.“ Auffällig ist an der Textirung, dass der Paragraph es vermeidet von einer Klage zu sprechen. Es ergiebt sich aber aus der Vorgeschichte des Hofdecretes, dass dasselbe hier an eine Geltendmachung mittelst Klage denkt und demgemäss hat auch die Praxis diese Gesetzesstelle niemals anders verstanden. Im Uebrigen ist in derselben ein ausschliesslicher Sondergerichtsstand *(forum speciale exclusivum)* statuirt. Das heisst es ist unstatthaft, die Exscindirungs-Klage beim *forum generale* des Executionssuchers anzustrengen. Doch enthält das *forum speciale* zwei Modalitäten, die deutlich in die Erscheinung treten in dem Falle, als das Erkenntnissgericht, d. h. dasjenige Gericht erster Instanz, von dem das Erkenntniss, um dessen Vollstreckung es sich handelt, ausging, nicht identisch ist mit dem Vollzugsgerichte, d. h. demjenigen Gerichte, durch welches die Vollstreckung erfolgt. Hier hat der Exscindirungs-Kläger, der übrigens in erster Linie auf das Vollzugsgericht hingewiesen wird, die Wahl zwischen diesem und demjenigen Gerichte, welches sich an das Vollzugsgericht im Requisitionswege gewendet hat.

Viel präciser kommt der gleiche Gedanke zum Ausdruck in der Jurisdictionsnorm vom 18. Juni 1850, R.G.B. No. 237, welche in ihrem § 76 bestimmt: „Die Klage eines Dritten wegen Aufhebung eines Executionsactes, durch welchen er sich in seinem Besitze, Eigenthum oder in einem anderen Rechte gekränkt erachtet, kann nach der Wahl des Klägers entweder bei dem Erkenntnissgericht oder bei dem Gerichte, welches den Executionsact vorgenommen hat, angebracht werden.“ Nur dass auch hier erst aus dem ganzen Zusammenhange entnommen werden muss, dass unter Erkenntnissgericht das Er-

kenntnissgericht erster Instanz verstanden ist. Gleiches gilt auch von derjenigen gesetzlichen Bestimmung, auf welcher formell der Exscindirungs-Gerichtsstand heutzutage beruht, dem § 72 Abs. 2 der Jurisdictionsnorm vom 20. November 1852, R.G.B. No. 251, welcher lautet; „Auch die Klage eines Dritten wegen Aufhebung eines Executionsactes, durch welchen er sich in seinem Besitze, Eigenthum oder in einem anderen Rechte gekränkt erachtet, kann nach der Wahl des Klägers entweder bei dem Erkenntnissgerichte oder bei jenem Gerichte, welches den Executionsact vorgenommen hat, angebracht werden.“

An Einfachheit lassen diese Bestimmungen Nichts zu wünschen übrig! Und doch hat die Auslegung derselben hie und da Schwierigkeiten bereitet. Um ihrer Herr zu werden, ist es erforderlich, das gesetzgeberische Motiv dieser beiden Gerichtsstände bloss zu legen. Ist man bis zu demselben vorgedrungen, dann lösen sich alle Zweifel wie von selbst. Es ist also die Frage zu untersuchen, welche rechtspolitische Erwägung unsere Gesetzgebung veranlasst hat, den Exscindirungs-Gerichtsstand mit dem Erkenntniss- und bezw. mit dem Vollzugs-Gericht zusammenfallen zu lassen. Einige Anhaltspunkte gewährt auch hier die Vorgeschichte[4]) des Hofdecretes. Nur muss man sich hüten, Gedanken seiner Redactoren, die im Gesetz nicht den mindesten Ausdruck gefunden haben, als maassgebend zu behandeln.

Bekanntlich hatte sich der lombardisch-venetianische Senat der obersten Justizstelle schon in seinem Protocolls-Extract vom 1. Mai 1843 dahin ausgesprochen, dass Exscindirungs-Klagen vor den Richter des Ortes gehören, wo die Pfändung vorgenommen wurde. Nur ein Votant bemerkte, dass die Verhandlung nicht vor das Gericht, wo die Execution vorgenommen wurde, sondern vor jenes, welches dieselbe bewilligt hat, gehört. Von welchem Motiv der Senat hierbei ausging, ist nicht sicher zu stellen. Doch möchte ich glauben, dass er den Gerichtsstand auf dieselbe Grundlage stellen wollte, auf welcher beispielsweise das *forum delicti commissi*, das *forum celebrati*

---

[4]) Vgl. den dogmengeschichtlichen Theil, S. 144—185.

contractus, das *forum gestae administrationis* u. s. w. beruhen. M. W. hat bisher noch Niemand darauf aufmerksam gemacht, dass alle diese *fora* auf einen gemeinsamen Grundgedanken zurückgeführt werden können, der so einfach ist, dass man sich billig verwundern muss, dass er noch nirgends hervorgehoben worden ist. Der Gedanke ist der, dass kein Richter geeigneter ist, die Rechtsfolgen, welche an einen bestimmten Thatbestand geknüpft sind, auszusprechen, als derjenige, in dessen Sprengel der fragliche Thatbestand sich ereignet hat. So mag auch der Senat sich die Erwägung vor Augen gehalten haben, dass die Frage, ob durch eine Pfändung in die Vermögenssphäre eines Dritten eingegriffen worden sei, am Besten von dem Richter beantwortet werden dürfte, in dessen Sprengel der Pfändungsact gesetzt wurde. Doch mag bemerkt werden, dass dieses gesetzgeberische Motiv in seiner Reinheit am Klarsten zum Ausdruck kommt, wenn das Gesetz geradezu den Ort der Zwangsvollstreckungsvornahme als entscheidend hinstellt und nicht die Exscindirungs-Klage *pure et simpliciter* vor das Vollzugs-Gericht verweist.

Ein ganz anderes Motiv verficht der Protocolls-Extract der Hofcommission in Justizgesetzsachen vom 27. September 1843. Dasselbe ist hier deutlich ausgesprochen und lässt sich kurz als *continentia causae* bezeichnen. Mit derselben hat es, angewendet auf unseren Fall, folgende Bewandtniss. Die Frage, ob ein Executionsact auf Antrag eines Dritten aufgehoben werden müsse, bildet, mag sie auch noch so förmlich verhandelt werden, materiell doch noch einen Incident-Punkt im Zuge des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Darum gehört sie unter die Judicatur des Richters, unter dessen Judicatur das ganze Zwangsvollstreckungsverfahren steht. Das sei aber — und damit stossen wir auf das bedenklichste Moment in dem ganzen Raisonnement — immer der Erkenntnissrichter. Denn wenn derselbe auch einen anderen Richter um die Vornahme einzelner Executionsacte ersucht, so handle doch der requirirte Richter hierbei niemals im eigenen Namen, sondern im Namen des Erkenntnissgerichtes. Sieht man von der gekünstelten

Stellvertretung ab, so gelangt man an der Hand der *continentia causae* gerade zu dem entgegengesetzten Resultat: Der Richter, der das Pfändungsprotocoll zu prüfen und entgegenzunehmen hat, also der *judex requisitus* und nicht der *judex requirens* sollte kraft der Continenz auch über den Protest des Dritten wider die Aberration der Pfändung zu Gericht sitzen. Möglich, dass man damals durch die Competenzregulirung im gemeinen Recht befangen war. Dort galt es als feststehend, dass die Exscindirung nichts anderes ist als ein Fall der Principalintervention. Und da die Klage des Principalintervenienten bei dem Gerichte der Vorklage, mit der sie ja im innigsten Zusammenhang steht, angebracht werden musste, so deducirte man hieraus den Rechtssatz, dass auch die Exscindirungs-Klage bei demjenigen Gerichte anzubringen sei, welches über die Vorklage erkannt, d. h. dasjenige Erkenntniss geschöpft hat, bei dessen Vollstreckung eben Sachen des Dritten irrthümlicher Weise mitgepfändet worden sind. Ich brauche nicht beizufügen, dass eine Continenz hier nicht vorliegt. Es lässt sich nicht einmal ein Zusammenhang des zwischen dem Vorkläger und Vorbeklagten verhandelten Privatrechtsverhältnisses mit dem im Exscindirungs-Processe zu ermittelnden vorstellen. Nehmen wir nur an, das Urtheil über die Vorklage geht dahin, dass der Beklagte schuldig sei, einen Darlehensbetrag in der Höhe von 1000 fl. an den Kläger zurückzubezahlen. Welche Berührungspunkte hat das Darlehensverhältniss mit der vom Exscindirungs-Werber verfochtenen Behauptung, dass eine im Zuge der Execution dieses Urtheiles saisirte Sache nicht dem Schuldner, sondern ihm, dem Dritten, gehöre?

Wie dem nun auch gewesen sein mag, folgendes lässt sich doch wohl als Ergebniss unserer Betrachtungen hinstellen. Das Erkenntnissgericht ist als Exscindirungs-Gericht gedacht, weil das Gericht, das da berufen war, in der Hauptsache einzuschreiten, auch berufen sein muss, sich an sie anschliessende Nebensachen zu erledigen. Es kommt das Erkenntnissgericht in Betracht, weil es eben Erkenntnissgericht ist. Und ferner: das Vollzugsgericht ist zum Exscindirungsgericht gemacht, weil die beanstandete Pfändung in seinem Sprengel vollzogen

wurde. Dasselbe kommt also nicht als Vollzugsgericht, d. h. als Gericht, welches durch seine Organe Zwang übt, sondern als Localgericht, d. h. als Gericht, in dessen Sprengel exequirt worden ist, in Frage. Nach diesen allgemeinen Bemerkungen über die Motive unseres Gerichtsstandes soll auf die einzelnen Zweifel eingegangen werden, die sich in der Praxis an denselben geknüpft haben.

Dass die Jurisdictionsnorm, wenn sie vom Erkenntnissgerichte spricht, nur das die Execution bewilligende Gericht meint, welches ja in der Regel das Erkenntnissgericht ist (§ 69 J.N.), ergiebt sich schon daraus, dass sonst im Falle des § 18 des Gesetzes vom 12. Juli 1872, R.G.B. No. 112, betreffend die Syndicatsklage, das Oberlandesgericht auch die Exscindirungsklage annehmen müsste, was den Intentionen des Gesetzgebers gewiss widerspricht.

Bekanntlich befinden sich an Orten, wo Landes- oder Kreisgerichte bestehen, auch sog. städtisch-delegirte Bezirksgerichte, und es ist die Gerichtsbarkeit zwischen diesen beiden Gerichtstypen in der Weise getheilt, dass daselbst gewisse im Gesetze (§ 15 J.N.) taxativ aufgezählte Civilprocesse dem Landes- oder Kreisgerichte entzogen und dem städtisch-delegirten Bezirksgerichte zugewiesen sind. Was ist nun Rechtens, wenn ein städtisch-delegirtes Bezirksgericht Erkenntniss- oder Vollzugsgericht ist, und die Exscindirungs-Klage bei blosser Anwendung des § 15 J.N. in den Geschäftskreis des Landes- oder Kreisgerichtes hineinfiele? Das Oberlandesgericht in Graz hat in einem solchen Falle (Sammlung, XVI, No. 6879) entschieden, dass nicht das städtisch-delegirte Bezirksgericht, sondern das übergeordnete Landes- oder Kreisgericht Exscindirungs-Gerichtsstand sein soll. Denn der Wirkungskreis der städtisch-delegirten Bezirksgerichte sei im § 15 J.N. genau bestimmt und in jenen Fällen, wo eine Ausnahmsbestimmung eintritt, wie in den Fällen der §§ 37, 46, 55, 69, 77, 83 und 92 J.N. werde ausdrücklich bemerkt, dass die betreffende Bestimmung auch für die städtisch-delegirten Bezirksgerichte Geltung habe. Daher müsse angenommen werden, dass der § 72 J.N., welcher die städtisch-delegirten Bezirksgerichte nicht

bezeichnet, für diese auch keine Anwendung haben kann, wenn der im § 15 J.N. normirte Wirkungskreis überschritten wird. Dagegen hat sich mit Recht der oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 15. März 1878 Z. 2058 erklärt. Denn der § 72 Abs. 2 verleiht nicht bloss örtliche, sondern auch sachliche Competenz. Das gilt zweifellos für das Erkenntnissgericht, muss aber auch für das Vollzugsgericht angenommen werden, da das gesetzgeberische Motiv keinen Ausdruck im Gesetze gefunden hat. Aehnlich ist auch zu entscheiden, wenn eines der drei Bagatellgerichte in Handelssachen in Wien, Prag oder Triest Erkenntniss- (oder Vollzugs-) gericht ist, und die Exscindirungs-Klage nicht unter den § 1 des Gesetzes vom 27. April 1873, R.G.B. No. 66, über das Bagatellverfahren, passt. Hier wurde übrigens nicht die Competenz des Landes- sondern des übergeordneten Handelsgerichtes zu begründen versucht und zu diesem Ziele folgender Weg eingeschlagen. Das Bagatellgericht in Handelssachen sei eine für bestimmte Streitsachen abgeordnete Abtheilung des Handelsgerichtes und daher seien jene Streitfragen, welche in Folge einer von dem delegirten Gerichte geschöpften Entscheidung erhoben werden, beim Gerichtshofe selbst, von welchem das delegirte Gericht einen Bestandtheil bildet, zu entscheiden. Dem trat mit Fug der oberste Gerichtshof in den Entscheidungen vom 15. April 1882 Z. 4252 und 4258 (Sammlung, XXIII, No. 10526 und 10527) entgegen, indem er die staatsrechtliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Bagatellgerichtes in Handelssachen betonte.[4a])

Wenn ein Bezirksgericht Erkenntniss- oder Vollzugsgericht ist, und der Executionsführer zu den im § 14 lit b und c J.N. aufgeführten, von der bezirksgerichtlichen Competenz eximirten Personen gehört, so entsteht die Frage, ob sich derselbe als Exscindirungs-Beklagter auf sein Gerichtsstands-Privilegium berufen kann. Es sind dies bekanntlich der Fiscus, weltliche und geistliche Gemeinden, Kirchen, Pfründen, Stiftungen und alle Anstalten zu öffentlichen Zwecken, sowie

---

[4a]) Kind, Mittheilungen des (Prager) deutschen Juristenvereines, 1883, S. 121 – 126.

die Besitzer landtäflicher oder vom Gemeindeverbande ausgeschiedener unbeweglicher Güter. Sie hatten dereinst ihren persönlichen Gerichtsstand vor dem Landrechte und von diesem alten ständischen Vorrecht hat sich bis in die Gegenwart im Widerspruch mit dem Grundsatz der Gleichheit aller vor dem Gesetze ein Rest erhalten, indem diese Personen principiell nur vor dem Landes- und Kreisgericht Rede und Antwort zu stehen haben. M. E. ist die Frage leicht zu beantworten. Sie muss an der Hand des citirten § 14 platterdings verneint werden. Denn daselbst ist ausdrücklich ausgesprochen, dass das Exemtions-Privilegium cessirt, falls ein Sondergerichtsstand (§ 31 u.ff.) begründet ist. Ein solcher aber ist eben der Gerichtsstand des § 72 Abs. 2 J.N. Ebenso dürfte wohl auch die Entscheidung lauten, falls der Executionsführer eine Person ist, welche dem Oberhofmarschallamt als Gericht unterthan ist, wenngleich sich im § 72 Abs. 2 J.N. ein Zusatz ähnlich demjenigen im § 52 daselbst nicht findet. Die in Rede stehende Frage ist von der Praxis häufig ventilirt worden in Fällen, in denen der Fiscus als Executionsführer auftrat und die Execution weder auf dem Erkenntniss eines Gerichtes beruhte noch von einem Gerichte vollzogen wurde, sondern eine sog. politische war. Hier schien es, als ob das Substrat unseres Sondergerichtsstandes gänzlich mangelte und darum dennoch auf den allgemeinen Gerichtsstand (§ 23 J.N.) und damit auch auf das Exemtions-Privilegium zurückgegriffen werden müsste. Diese Anschauung kommt zum Ausdruck in dem Referate, auf welchem der bekannte Beschluss des obersten Gerichtshofes vom 12. November 1872 Z. 11305 J.B. No. 78 beruht, von dem oben[5]) ausführlich die Rede war. Es ist hier, nachdem vorher darauf hingewiesen worden ist, dass der Sondergerichtsstand, weil er eine gerichtliche Execution zur Voraussetzung hat, bei der politischen unanwendbar sei, gesagt, dass eine Entscheidung, welches Gericht in Fällen der Exscindirung aus einer politischen Execution das zuständige sei, entbehrlich erscheint, weil sich in dieser Beziehung mit

---

[5]) S. 6—19.

den allgemeinen Jurisdictionsvorschriften beholfen werden kann. Das ist auch der Standpunkt, auf den sich der oberste Gerichtshof in der Entscheidung v. 29. September 1876 Z. 10406 (Sammlung, XII, No. 5482) und das Oberlandesgericht in Graz in der Entscheidung vom 1. Februar 1882 Z. 1464 (Sammlung, XX, No. 8966) stellen. In mehreren anderen Entscheidungen dagegen (Sammlung, XX, No. 8966; XVI, No. 6912) zieht der oberste Gerichtshof den Gerichtsstand des § 54 J.N., das *forum rei mobilis sitae*, heran. Aber abgesehen davon, dass derselbe nur Anwendung finden könnte, wenn es sich um Ausscheidung von körperlichen Sachen aus der Executionsmasse handelt, kann er aus dem Grunde hier nicht in Frage kommen, weil ja die Exscindirungs-Klage, mag auch im concreten Falle das Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an der Sache den Exscindirungs-Anspruch begründen, doch nicht eine Klage ist, „welche ein dingliches Recht auf eine bewegliche Sache zum Gegenstande“ hat. Denn sonst müsste z. B. auch eine Klage auf Ersatz des Schadens, der mir durch Beschädigung meiner Sache zugefügt worden ist, bei der Realinstanz angebracht werden können, weil ich nöthigenfalls nachweisen muss, dass die Sache in meinem Eigenthum steht. Es genügt eben nicht, dass die Eigenthumsfrage präjudiciell im Processe zur Sprache komme, sondern er muss primär ihretwegen begonnen worden sein. Die m. E. richtige Ansicht vertritt der oberste Gerichtshof in der Entscheidung vom 19. November 1872 Z. 11923 (Sammlung, X, No. 4784). Hier wird die Exscindirungs-Klage demjenigen Gerichte zugewiesen, von dem die Execution vorzunehmen gewesen wäre, wenn sie eine gerichtliche und nicht eine politische gewesen wäre und dies durch den Hinweis auf den im § 72 Abs. 2 J.N. enthaltenen Rechtssatz belegt, wonach auch bei dem Gerichte exscindirt werden kann, von dem die Execution vorgenommen wurde. Das Ergebniss scheint mir unanfechtbar; nur die Formulirung und Begründung bedarf einer Verbesserung. Dass von einem Erkenntnissgericht nicht die Rede sein kann, bedarf keiner Hervorhebung. Aber auch ein Vollzugsgericht ist nicht vorhanden. Da bleibt nichts anderes übrig, als auf die *ratio legis* zurück-

greifen und an ihrer Hand unseren im Gesetz ausdrücklich nicht entschiedenen Fall zu entscheiden. Die *ratio* wurde oben entwickelt. Das Gesetz betraut das Vollzugsgericht mit der Exscindirungs-Verhandlung, weil sich diese um einen Thatbestand dreht, der im Sprengel dieses Gerichtes gesetzt worden war. Ist ein Vollzugs**gericht** nicht vorhanden, so tritt das Gericht an seine Stelle, in dessen Sprengel die executorische Maassregel vorgenommen worden ist.[6]) Mit dem Gesagten harmonirt am Besten die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 5. Mai 1874 Z. 4415 (Sammlung, XII, No. 5356). Dass in dem zuletzt genannten Falle die eine der beiden Modalitäten ganz wegfällt, darf nicht befremden. Das kommt auch sonst vor, z. B. in der Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 4. März 1884 Z. 2417 (Sammlung, XXII, 9915). Hier wurde das Erkenntniss von dem Schiedsgericht der Wiener Frucht- und Mehlbörse geschöpft, die Pfändung aber im Requisitionswege vom Czernowitzer Gericht vollzogen und die Exscindirungs-Klage ausschliesslich an das Vollzugsgericht gewiesen.

Oben, S. 19 ff., wurde gezeigt, dass § 3 unseres Hofdecretes nicht nur, wenn Eigenthum an beweglichen Sachen exscindirt wird, Anwendung findet, sondern auch, wenn es sich handelt um Ausscheidung von Eigenthum an unbeweglichen nicht verbücherten oder verbücherten Immobilien, und von Forderungen oder Rechten an unkörperlichen Sachen aus der Executions- (oder Concurs)masse.

Es fragt sich daher noch, wie es sich hierbei mit dem dem Dritten gewährten Wahlrecht zwischen dem Erkenntniss- und dem Vollzugsgericht verhält. Bezüglich des Erkenntnissgerichtes bedarf es einer weiteren Bemerkung nicht. Was aber das Vollzugsgericht anbelangt, so kann über dasselbe kein Zweifel bestehen, wenn sich die Execution gegen unverbücherte Mobilien richtet. Denn diese ist von der Realinstanz durchzuführen (§ 51 J.N.). Was ist aber Rechtens, wenn von dem Erkenntnissgericht die Einverleibung des executiven Pfandrechtes an einem auf den

---

[6]) Zeitschr. f. Notariat, 1886, No. 52.

Namen des Exequendus als Eigenthümers verbücherten Immobile bewilligt und die Vornahme derselben durch die Tabularinstanz bewirkt worden ist? Hat hier der Dritte, dem z. B. auf Grund der ausserbücherlichen Ersitzung der Anspruch zusteht, an Stelle des Exequendus als Eigenthümer im Grundbuch einverleibt zu werden, gleichfalls die Wahl zwischen Erkenntniss- und Tabulargericht? Oder ist er lediglich auf letzteres angewiesen (§ 49 J.N.)? Wollen wir davon ausgehen, dass er nur eine eigentliche Exscindirungs-Klage anstellt, so muss das Wahlrecht aufrecht erhalten bleiben. Doch führt die Exscindirungs-Klage als solche nicht zur Realisirung des Intabulations-Anspruches des Dritten, nicht einmal zur „Aufhebung“ (Löschung) des executiven Pfandrechtes. Will der Dritte sein Ziel erreichen, dann muss er auch gegen den Exequendus klagen.

Bei der Execution in eine Forderung bedarf es der Klarstellung, welches das Vollzugsgericht ist. Wird die Execution mittelst Pfändung vollzogen, so ist Vollzugsgericht dasjenige Gericht, von dessen Organe die pfandweise Beschreibung der Forderung vorgenommen wird. Sie erfolgt unter sinngemässer Anwendung des § 1 unseres Hofdecretes beim Exequendus. Wie aber, wenn es sich um eine Einantwortung, sei es zur Einziehung, sei es an Zahlungsstatt, handelt? Ist hier Vollzugsgericht das Gericht, welches die Einantwortungsverordnung dem Exequendus oder dasjenige, welches dieselbe dem Drittschuldner zustellt? Oder keines von beiden, da die blosse Zustellung nicht als Vollzug einer Execution angesehen werden kann? Letzteres ist gewiss unrichtig, da auch die Zustellung eine Zwangshandlung ist und zwar da, wo es sich um die Execution in Rechte ohne körperliches Substrat handelt, die einzig denkbare. Im Uebrigen scheint mir zum Vollzug zu gehören sowohl die Verordnung, welche dem Exequendus verbietet, seine Forderung bei dem Drittschuldner einzucassiren als auch diejenige, welche dem Letzteren gebietet, nicht an den Exequendus, sondern an den Executionsführer zu zahlen.

Der Gedanke, dass das Gericht, welches mit der Zwangsvollstreckung befasst ist, auch die Exscindirungs-Frage zu erledigen habe, ist im System des französischen Civilprocesses

undurchführbar. Denn hier ist die Zwangsvollstreckung principiell den Gerichten entzogen und anderen Beamten übertragen. Aus diesem Grunde enthält der *Art. 608* des *Code de procédure civile* die Bestimmung, dass das Tribunal, in dessen Sprengel die Zwangshandlung vorgenommen wurde *(„le tribunal du lieu de la saisie“)*, das örtlich competente sein solle. Derselben ist der Absatz 1 des § 584 der allgemeinen bürgerlichen Processordnung für das Königreich Hannover v. 8. November 1850 nachgebildet, welcher lautet: „Zuständig ist das Ober- bezw. Amtsgericht des Ortes der Zwangsvollstreckung.“ Einen ähnlichen Rechtssatz enthält der P.E. § 1018 in Verbindung mit § 1030 Abs. 2: „Der Dritte hat den Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung . . . bei dem Gericht am Orte der Vollstreckung geltend zu machen.“ [7]) Auch der § 687 Abs. 3 H.E. verordnet: „Zuständig ist je nach dem Werthe des der Vollstreckung unterworfenen Gegenstandes das Collegialgericht oder das Einzelgericht des Ortes der Vollstreckung.“ Ferner ergiebt sich aus § 8 des Gesetzes über die Rechtshülfe im norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869, dass über „Einwendungen, welche von dritten Personen wegen eines Anspruchs auf den Gegenstand der Vollstreckung erhoben werden“ „das Gericht des Vollstreckungsortes zu entscheiden“ hat. [8]) In der 304. Sitzung der norddeutschen Commission erklärten sich mehrere Mitglieder gegen die mit Bezug auf den eben citirten Paragraphen des Rechtshülfegesetzes befürwortete Competenz des Gerichtes des Vollstreckungsortes wegen der daraus für den Gläubiger entstehenden Härten. Soweit es sich nur um Freigebung der bei der Vollstreckung ergriffenen Sache handle, bemerkte ein Mitglied, empfehle es sich, vor dem gedachten Gericht nur ein summarisches Verfahren, worin lediglich unter Zulassung liquider Einwendungen über jene Frage entschieden werde, zu gestatten; die definitive Rechtsfeststellung dagegen sei dem ordentlichen Gerichtsstande zu belassen. Andererseits hielt man ein solches doppeltes Verfahren für zu umständlich und den Gerichtsstand der Interventions-Klage,

[7]) Vgl. Motive, S. 253.

[8]) Endemann, Rechtshülfe im norddeutschen Bunde, S. 45.

welche häufig die umfassendsten thatsächlichen und rechtlichen Untersuchungen erfordere, bei dem Gericht des Vollstreckungsortes wegen des obwaltenden Zusammenhanges der Sachen für wohl begründet und für praktisch angemessen.[9]) So entstand der Abs. 1 des § 919 N.E.: „Der Widerspruch eines Dritten gegen die Zwangsvollstreckung ist . . . bei dem Gericht geltend zu machen, in dessen Bezirke die Vollstreckung erfolgt ist." Der Rechtssatz findet sich wörtlich gleichlautend im E. I (§ 605), E. II (§ 627), E. III (§ 639) und in der C.P.O. für das Deutsche Reich § 690. In der Begründung wird hervorgehoben, dass der Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung, und zwar sowohl rechtlich als örtlich, der Art überwiegend ist, dass unter Aufrechthaltung der Grenzen der sachlichen Zuständigkeit die Verweisung vor das Gericht, in dessen Bezirk die Vollstreckung erfolgt, sich empfiehlt (Begründung zu E. I, S. 415, zu E. II, S. 538 und zu E. III, S. 413).

Nach dem § 707 C.P.O. sind alle in dem achten Buche geschaffenen Gerichtsstände ausschliessliche. Daraus folgt, dass auch das *forum* des § 690 ein *exclusivum* ist. Aus diesem Grunde ist Prorogation unzulässig. Allein es ist zu beachten, dass sich die Ausschliesslichkeit nur auf die örtliche Zuständigkeit bezieht.[10]) Demnach ist die Prorogation von dem zuständigen Amtsgericht an das übergeordnete Landgericht und umgekehrt von dem zuständigen Landgericht an das untergeordnete Amtsgericht statthaft.

Aus dem Gesagten ergiebt sich schon, dass im § 690 C.P.O. zwei Zuständigkeitsvorschriften unterschieden werden können. Die eine betrifft die örtliche, die andere die sachliche Zuständigkeit.

Erstere besagt, dass es auf den Ort ankommt, an welchem die Zwangsvollstreckung erfolgt. Beginnt diese mit der Pfändung körperlicher Sachen, so kann der Ort nicht zweifelhaft sein.[11]) Das Reichsgericht hat aber, und zwar mit Recht, ent-

---

[9]) Protocolle, Bd. IV, S. 2006.

[10]) E. d. R.G. v. 11. März 1885, Entsch., Bd. XIII, S. 369.

[11]) Es entscheidet immer der Ort, an welchem die durch die Widerspruchsklage anzufechtende executorische Handlung vorgenommen wird. In

schieden,[12]) dass sich die citirte Gesetzesstelle nicht bloss auf die Pfändung körperlicher Sachen, sondern auch auf die Pfändung von Geldforderungen und anderen Vermögensrechten des Schuldners beziehe, weil der citirte Paragraph in den ersten Abschnitt des 8. Buches der C.P.O. unter die allgemeinen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung aufgenommen worden ist. Demnach ist also auch ein Exscindirungs-Process möglich, in welchem die Frage erörtert wird, ob eine bei dem Exequendus gepfändete, ihm angeblich gegen einen Drittschuldner zustehende Forderung, möge sie nun auf Geld oder andere verwerthbare Sachen gerichtet sein, freigegeben werden müsse.[13]) Es entsteht nun die Frage, welches in diesem Falle das örtlich zuständige Gericht sei. Die cit. Gesetzesstelle sagt schlechtweg: Dasjenige, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt. Damit sind wir vor die andere Frage gestellt: Von welchem Orte kann man behaupten, dass an demselben die Zwangsvollstreckung in eine Forderung des Exequendus erfolge?

Es giebt Forderungen, in welche die Zwangsvollstreckung ganz in derselben Weise zu erfolgen hat, wie in körperliche Sachen. Das sind die in den Werthpapieren des § 722 C.P.O.[14]) verbrieften, und ferner die Forderungen aus Wechseln oder anderen Papieren, welche durch Indossament übertragen werden (§ 732 C.P.O.). Der Ort, an dem die Execution in sie Platz greift, kann nicht zweifelhaft sein. Das Werthpapier

---

dieser Weise ist m. E. die von Schultzenstein, Zeitschr. f. d. C.P. Bd. 16, 1891, S. 172 ff. angeregte Zweifelsfrage zu lösen. So auch, aber mit anderer Begründung, Falkmann, Zeitschr. f. Gerichtsvollzieher, 1891, S. 183.

[12]) Urtheil vom 8. März 1881, 3. Civilsenat, Entsch., Bd. 4, S. 113, und vom 30. Mai 1883, 5. Civilsenat, Gruchot, Beiträge, 27. Band, S. 1121.

[13]) Das von Vierhaus, Zeitschr. f. d. C.P., V, S. 119, gegen diese Auffassung erhobene Bedenken beweist m. E. zu viel, daher nichts.

[14]) Rectapapiere mit Ausnahme des Wechsels, Inhaberpapiere (mit Ausschluss der Banknoten) und jene indossablen Papiere, welche nicht Forderungspapiere sind. Brunner im Handbuch des deutsch. Handels-, See- und Wechselrechtes, Bd. II, S. 141.

wird sich eben im Gewahrsam des Exequendus oder vielleicht im Gewahrsam des Executionssuchers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden, womit der Punkt im Raum gegeben ist, an welchem sie der Zwangsübung ausgesetzt sind. Eine Schwierigkeit erhebt sich nur, wenn die Pfändung der Forderung in einer Form geschehen muss, die mit der Beschlagnahme von körperlichen Sachen (Urkunden) nicht zusammenfällt, bezw. in derselben nicht aufgeht. Und selbst da nur in dem Falle, als die Zustellung des Zahlungsverbots an den Drittschuldner nicht in dem Sprengel des Vollstreckungsgerichtes, d. i. jenes Amtsgerichtes erfolgt, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, bezw. in Ermangelung eines solchen, bei welchem in Gemässheit des § 24 C.P.O. gegen den Exequendus Klage erhoben werden kann (§ 729 alin. 2 C.P.O.). Die Pfändung einer Forderung des Exequendus vollzieht sich, abgesehen von Werthpapieren, Wechseln und indossablen Papieren, in der Weise, dass das Vollstreckungsgericht in einem eigenen Beschluss dem Drittschuldner die Zahlung an den Exequendus verbietet. Mit der Zustellung dieses Zahlungsverbotes an den Drittschuldner ist die Pfändung[15]) als bewirkt anzusehen. Zugleich ist, jedoch nur instructionell, vorgeschrieben, dass an den Exequendus das Gebot erlassen wird, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben, zu enthalten (§ 730 alin. 1 u. 3 C.P.O.). Wohnt nun der Drittschuldner ausserhalb des Vollstreckungsgerichtssprengels, so nimmt die Vollstreckungsmaassregel ihren Ausgang im Sprengel des das Zahlungsverbot erlassenden Vollstreckungsgerichtes, endet aber, erfolgt also, an jenem Orte, wo die Zustellung an den Drittschuldner vorgenommen wird. Hiernach bleibt wohl nichts Anderes übrig, als diesen Zustellungsort als Vollstreckungsort anzuerkennen. Ob auch dann, wenn er im Auslande gelegen wäre? In diesem Falle würde, wollte man die Frage bejahen, die deutsche C.P.O. den Exscindirungs-Werber anweisen, die Widerspruchsklage wider eine von

---

[15]) Vgl. schon Dernburg, Pfandrecht, Bd. I, S. 415 für das gemeine Recht.

einem deutschen Gerichte beschlossene Forderungs-Pfändung bei einem ausländischen Gerichte anzubringen, eine Consequenz, die unannehmbar ist. Denn dem ausländischen Gerichte kann darüber eine Entscheidung nicht zugestanden werden, ob eine in Deutschland bewilligte Execution aufzuheben sei oder nicht. Allein diese Consequenz entbehrt der Grundlage. Denn wohnt der Drittschuldner im Auslande, dann liegt das Executionsobject, das gegen ihn bestehende *nomen*, im Sinne des § 24 der deutschen C.P.O. gar nicht im Bereiche der deutschen Gerichtsgewalt. Das inländische Gericht ist ebensowenig in der Lage, das *nomen* in Execution zu ziehen, als ein deutscher Gerichtsvollzieher befugt wäre, eine im Auslande befindliche körperliche Sache zu pfänden. Zu demselben Resultate führt auch folgende Reflexion. Die Execution ist ihrem Wesen nach staatlicher Zwang, staatliche Gewalt, welche geübt wird an Bestandtheilen desjenigen Vermögens, als dessen Herr der Exequendus erscheint Diesen Zwang kann man sich nur an dem Orte geübt denken, an welchem das von demselben zu treffende Vermögensstück sich befindet. Das gilt unstreitig von körperlichen Gegenständen, muss aber auch wohl im Geiste unserer Rechtsordnung von Forderungen angenommen werden, sofern diese als an einem bestimmten Punkte im Raum befindlich zu denken sind. Da nun der § 24 der C.P.O. eine Forderung an dem Wohnsitz des Debitors projicirt, so ist es ganz consequent, den Wohnsitz des Drittschuldners als den Ort anzusehen, an welchem der Forderung executive Gewalt angethan wird. Einer andern Ansicht, als der vorgetragenen, ist Nessel,[16]) der sich aber über die hier ventilirte Frage nur kurz äussert. Er legt Gewicht darauf, dass der dem Drittschuldner zustellende Gerichtsvollzieher bei der Pfändung von Forderungen nicht selbständig, sondern nur als ausführendes Organ des Vollstreckungsgerichtes fungire, und dass es daher nahe liege, den eigentlichen Pfändungsact in die richterliche Verfügung zu verlegen und darnach zur Bestimmung des Gerichtsstandes von dem zufälligen, möglicherweise entfernt liegenden Zustellungs-

[16]) Gruchot Beiträge, Bd. 28, S. 173.

orte umsomehr abzusehen, als der Drittschuldner bei dem Exscindirungs-Processe gar nicht als Partei betheiligt ist. Allein seine Argumentation ist nicht haltbar. Denn, dass der Drittschuldner an dem Exscindirungs-Processe als Partei nicht betheiligt ist, ist ganz bedeutungslos. Nimmt ja doch auch der zur Herausgabe körperlicher Sachen bereite Dritte an demselben keinen Theil, und nichts desto weniger richtet sich auch solchen Falls die Zuständigkeit nach dem Vollstreckungsort. Und ferner, wenn auch zugestanden werden kann, dass die Zwangsvollstreckung mit dem Beschluss des Vollstreckungsgerichtes beginnt, so kann doch nicht behauptet werden, dass sie mit der Beschlussfassung „erfolgt." Ein executiver „Erfolg" ist doch erst dann vorhanden, wenn die vom Executionssucher in Bewegung gesetzte staatliche Zwangsgewalt das schuldnerische Vermögen rechtlich erfasst hat, also erst mit der Zustellung des Zahlungsverbotes an den Drittschuldner. Dennoch hat sich auch das Reichsgericht — vermuthlich aus Gründen der Zweckmässigkeit — der Ansicht Nessel's angeschlossen in dem E. vom 17. October 1884.[17]) Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so bedarf noch die Möglichkeit der Besprechung, dass der Pfändungsbeschluss von einem Vollstreckungsgerichte erlassen wurde, welches seinen Sitz nicht in seinem eigenen Bezirke hat, z. B. von dem Amtsgericht II in Berlin. Hier ist wohl der amtliche Bezirk und nicht der Ort maassgebend, an welchem sich das Gericht thatsächlich befindet.[18])

Die in dem § 690 C.P.O. enthaltene Vorschrift über die sachliche Zuständigkeit ist eine stillschweigende und besagt, dass die allgemeinen Regeln darüber entscheiden, ob die Widerspruchs-Klage vor das Amts- oder vor das Landgericht des Vollstreckungsortes gehört. Von diesen wendet die Praxis den § 23 G.V.G. an, durch welchen Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswerth die Summe von 300 Mark nicht übersteigt, den Land-

---

[17]) Entsch., Bd. 12, S. 397—382.

[18]) Wilmowski-Levy, C.P.O., 6. Aufl., Bd. 2, S. 943.

gerichten abgenommen und vor die Amtsgerichte gewiesen sind. Wann darf man sagen, dass der Gegenstand des Exscindirungs-Processes diese Grenze übersteige? Das ist eine Frage, welche keineswegs zuerst auf dem Boden der deutschen C.P.O. aufgeworfen wurde. Denn schon die ältere preussische Praxis hat sich eingehend mit derselben befasst. Die Schwierigkeit besteht darin, dass zwei verschiedene Grössen in Betracht kommen, der Betrag der zur Vollstreckung gelangenden Forderung und der Werth des Vermögensstückes, das freigegeben werden soll.

Das Kammergericht in Berlin verbreitet sich in einem Bericht vom 21. Juni 1832 an den Justiz-Minister über eine in dieser Frage zwischen dem Instructions- und Oberappellations-Senate daselbst entstandene Differenz. Der Instructions-Senat unterscheide zwei Fälle: 1) Wenn der Werth der abgepfändeten Sachen mehr betrage, als die Forderung und 2) Wenn der Werth der Saehen die Forderung nicht erreicht. Im ersten Falle ist der Instructions-Senat der Meinung, dass als Gegenstand des Rechtsstreites nicht der Werth der Sachen, sondern die Höhe der Forderung angesehen werden müsse, denn das Interesse des Beklagten sei offenbar nur der Betrag seiner Forderung und andererseits könne auch der Kläger durch Tilgung derselben die Sachen auslösen und die Freigebung erlangen, so dass sein Interesse gleichfalls nur auf Höhe der Forderung berechnet werden könne. Im zweiten Fall dagegen habe der Beklagte nur auf Höhe des Werthes der Effecten eine Aussicht zur Befriedigung und andererseits könne der Kläger niemals auf ein Mehreres, als den Werth der Effecten Anspruch machen. Hier bestimme sich also der Gegenstand des Rechtsstreites nach dem Werthe der in Beschlag genommenen Sachen. Der Oberappellations-Senat hingegen verwerfe eine solche Unterscheidung beider Fälle. Derselbe berechne vielmehr stets den Streitgegenstand nach dem Werthe der Sachen, indem er annehme, dass das Interesse des Klägers sich auf den vollen Werth der Sachen belaufe, dieser mithin auch das *objectum litis* sei. Diese Ansicht habe allerdings den Umstand für sich, dass, sobald der Kläger mit seinem An-

spruch auf Freigebung der Sachen zurückgewiesen wird und zur Auslösung derselben nicht vermögend genug ist, für ihn ein gänzlicher Verlust der Sachen eintrete. Es sei jedoch zu erwägen, dass bei einem demnächstigen Verkaufe der Sachen der Ueberschuss der Auctionslösung über die Forderung des Beklagten unbestritten dem Kläger gebührt, sein Interesse in dem Processe also in der That nicht dem vollen Werthe der Effecten, sondern nur der vom Gegner behaupteten Forderung gleich zu setzen sei. Das auf diesen Bericht ergangene Ministerial-Rescript vom 6. Juli 1832 löste diesen Zweifel nicht, indem es lediglich eine andere in demselben Bericht gestellte Anfrage beschied.[19]) Dagegen stellte der dritte Senat des Obertribunals am 20. April 1847 das Präjudiz No. 1860 auf: „In Interventionsprocessen ist bei Beurtheilung der Zulässigkeit der Rechtsmittel nicht der Werth der mit Beschlag belegten Gegenstände . . ., sondern die Höhe der . . . Forderung . . . als das eigentliche Streitobject anzusehen.“[20]) Allein das Präjudiz drang nicht durch. Denn derselbe Senat hat am 7. März 1851 und am 19. Juni 1871[21]) das Schwergewicht wiederum auf den Werth der Sachen gelegt. Diese auch im gemeinen Rechte[22]) überwiegende Auffassung ist wohl die richtige. Denn es handelt sich im Exscindirungs-Process principiell darum, das von der Staatsgewalt saisirte Vermögensstück freizumachen und es ist für diesen Zweck gleichgültig, ob dasselbe zur Deckung einer grösseren oder kleineren Forderung ausersehen wurde.

Das Recht der deutschen C.P.O. steht indessen auf einem anderen Standpunkte.[23]) Man ist darüber einig, dass wegen

---

[19]) Jahrbücher für die preuss. Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, Bd. 39, S. 385—388.

[20]) Entscheidungen, Bd. 14, S. 459.

[21]) Striethorst, Archiv, Bd. 2, S. 43 f. und Bd. 83, S. 51 ff.

[22]) Entsch. des O.A.G. Cassel vom 18. April 1863 und des O.A.G. Darmstadt vom 3. Februar 1865, Seuffert, Archiv, Bd. 18, No. 76, 283. Dagegen O.A.G. Rostock vom 26. October 1871, Seuffert, Archiv, Bd. 26, No. 202, wo der incidente Charakter der Exscindirungs-Sache urgirt wird.

[23]) Vgl. jedoch den Beschluss des Oberlandesgerichtes Cöln v. 27. vember 1882, Zeitschr. f. d. C.P. Bd. VII, S. 94.

der mit der Pfändung verbundenen pfandrechtlichen Wirkung der § 6 C.P.O. heranzuziehen ist. Derselbe schreibt u. a. vor, dass der Werth des Streitgegenstandes durch den Betrag der Forderung bestimmt wird, wenn ein Pfandrecht Gegenstand des Streites ist. Doch soll das Object des Pfandrechtes maassgebend sein, wenn es einen geringeren Werth hat. Es entscheidet also von den beiden in Betracht kommenden Grössen die kleinere. Kommt es auf die Forderung an, so ist es zweifelhaft, ob die Zinsen und Kosten mit in Ansatz zu bringen seien. Der § 4 C.P.O. lässt sie nur in dem Falle „unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden." Es wurde behauptet, dass dieser Fall hier nicht vorliege, da es dem Dritten, ohne Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenforderungen, nur darauf ankommen kann, für welchen Gesammtbetrag der Gläubiger aus der Sache Befriedigung sucht.[24]) Aber dieses Argument beweist zu viel und darum Nichts. Dem Dritten ist es überhaupt gleichgiltig, zu welchem Zwecke das Vermögensstück saisirt wurde, er will nur dessen Freigebung, Der Grund, aus welchem der § 4 C.P.O. die Nebenforderungen von der Werthberechnung ausschliesst, passt auch hier: es sollen die Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten vermieden werden, welche mit der Einbeziehung einer stets wachsenden Grösse verbunden sind.[25])

---

[24]) E. des Landgerichtes Halle v. 20. Januar 1886, Walter, Gebührenordnung für Rechtsanwälte, 2. Aufl., S. 112, lit. h, S. 113.

[25]) E. des Reichsgerichtes vom 30. October 1883, Entsch. Bd. 10, No. 121.

§ 16.

Processkostenfrage.

Die Frage, welche Partei die Kosten des Exscindirungs-Processes zu tragen habe, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. Es kommen also im österreichischen Rechte die §§ 24 und 25 der Civilprocessnovelle vom 16. Mai 1874, R.G.B. No. 69,[1]) und im Deutschen Reiche die §§ 87 und 88 der C.P.O. zur Anwendung. Hiernach hat insbesondere der vollständig unterliegende Executionssucher die dem Exscindirungs-Kläger verursachten, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendigen Kosten zu ersetzen.

Es giebt aber Fälle, in denen die Exscindirungs-Klage nicht nothwendig war, weil andere minder kostspielige Mittel zum Ziele geführt hätten.

So, wenn eine einfache Anzeige des Dritten an den Richter, auf Grund deren derselbe die Execution in die fremden Sachen hätte aufheben müssen, genügt hätte. Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes vom 5. April 1877, Z. 872, Sammlung, XV, No. 6440.

Ferner, wenn eine friedliche Aufforderung des Dritten den Executionssucher veranlasst haben würde, von der Execution in die reclamirten Vermögensstücke gutwillig abzustehen.

Der letztere Fall bedarf einer eingehenden Erörterung.

Sein Vorhandensein kann angenommen werden, wenn der durch die Exscindirungs-Klage überraschte Executionsführer,

---

[1]) B., Gerichtszeitung, 1885, S. 139, und Bežek, Zeitschr. f. Notariat, 1889, S. 113—115. Vgl. nebenbei E. des obersten Gerichtshofes fü Bayern vom 25. Juli 1873, Sammlung, Bd. 3, No. 225

alsbald, nachdem die Klage erhoben ist, und ohne sich auf dieselbe einzulassen, erklärt, mit der Freigebung der gepfändeten Sachen einverstanden zu sein. Das ist gewiss, dass auf Grund eines solchen Anerkenntnisses seine Sachfälligkeit ausgesprochen werden muss. Aber fraglich erscheint es, ob er auch zum Ersatz der Kosten der klägerischen Processführung, insbesondere der Exscindirungs-Klage-Kosten zu verfällen ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob die Exscindirungs-Klage zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig schien. Und diese Vorfrage hat der Richter, wie zum Ueberfluss im zweiten Absatz des § 24 unserer C.P.N. ausgesprochen ist, nach sorgfältiger Erwägung aller Umstände zu beantworten. Wenn sich aus denselben ergiebt, dass ein aussergerichtlicher Realisirungsversuch möglich war und den Dritten zum Ziele geführt haben würde, dann muss angenommen werden, dass die Klage zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht nothwendig war. Allerdings giebt es keine gesetzliche Bestimmung, welche den durch eine Executionsführung Verletzten verpflichtet, sich vor Anstellung der Klage an den Executionsführer wegen Freigebung der gepfändeten fremden Sachen zu wenden. Allein hieraus folgt ganz und gar nicht, wie der österr. oberste Gerichtshof in den Entscheidungen vom 11. Januar 1882, Z. 14631, Sammlung, XX, No. 8830; vom 2. April 1884, Z. 2411, Sammlung, XXII, No. 9973 und vom 16. März 1886, Z. 2883, Sammlung, XXIV, No. 10969 annimmt, dass der Kläger von dem unter das Klagebegehren submittirenden Beklagten schlechthin den Ersatz der Klage-Kosten verlangen kann. Zu diesem Schluss könnte man nur kommen, wenn ein Rechtssatz bestände, der dem Dritten geradezu den friedlichen Realisirungsversuch verböte. In diesem Falle hätte er nur ein Mittel, seinen Zweck zu erreichen, die Klage, und da wäre deren Anstellung freilich schlechthin nothwendig. Der Bestand eines solchen Rechtssatzes lässt sich aber selbstverständlich nicht nachweisen.

Man wird daher, wenigstens regelmässig, dem Dritten zumuthen dürfen, dass er vor der Anstellung der Exscindirungs-Klage einen friedlichen Realisirungsversuch unternehme. Nur

wird man hiervon in zwei Fällen absehen müssen. Einmal dann, wenn die Zeit hierzu nicht mehr hinreicht. Und zweitens, wenn der Dritte Grund zur Annahme hat, der Executionssucher werde freiwillig nicht nachgeben.[2]) Sonst wird derselbe die Kosten seiner voreiligen Klage aus eigener Tasche zu tragen haben; ja noch mehr, er wird dem Gegner auch die Kosten der Abwehr der sich als überflüssig darstellenden Klage ersetzen müssen. (Unrichtig: E. vom 12. October 1880, Z. 8404, Sammlung, XVIII, No. 8131.) Auf diesem Standpunkte stehen die meisten Entscheidungen des österr. obersten Gerichtshofes.[3])

Nach der C.P.O. für das Deutsche Reich kommt auf die erörterte Frage der § 89 dieses Gesetzes zur Anwendung, welcher lautet: „Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Processkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.“ Daraus folgt, dass, wenn der Executionssucher in der mündlichen Verhandlung den Exscindirungs-Anspruch sofort anerkennt, er die Kosten des Verfahrens nur dann zu tragen hat, wenn er zur Erhebung der Klage Veranlassung gab. Voss, Gruchot's Beiträge, Bd. 25, S. 397 und Archiv f. civ. Praxis, Bd. 71, S. 282 ff. nimmt an, dass dem Executionssucher stets die Kosten zur Last zu legen seien, indem er die Klage dadurch veranlasste, dass er durch das Betreiben der Zwangsvollstreckung den Kläger in die Nothwendigkeit versetzte, Widerspruchsklage zu erheben.[4]) Allein dieser Ansicht kann nicht bei-

---

[2]) Waldner, Lehre von den Processkosten, Wien, 1883, S. 85.

[3]) E. vom 24. Mai 1876, Z. 4416, Sammlung, XIV, No. 6157; vom 10. Februar 1876, Z. 11344, Sammlung, XIV, No. 6026; vom 5. September 1878, Z. 7496, Sammlung, XVI, No. 7131; vom 3. December 1879, Z. 12241, Sammlung, XVII, No. 7687; vom 16. März 1881, Z. 1366, Sammlung, XIX, No. 8329; vom 11. August 1881, Z. 3598, Sammlung, XIX, No. 8471; vom 10. Juni 1881, Z. 4541, Sammlung, XIX, No. 8422; vom 9. November 1882, Z. 11706, Sammlung, XX, No. 9173 und vom 8. November 1883, Z. 11421, Sammlung, XXI, No. 9647 und vom 22. April 1891, Z. 3601, Nowak, Entscheidungen, Bd. 6, S. 246—248.

[4]) Ebenso Ratenbacher, Blätter für Rechtspflege in Thüringen und

gepflichtet werden. Denn nicht durch die Pfändung an und für sich hat er den Dritten genöthigt, die Exscindirungs-Klage zu erheben, sondern dadurch, dass er, obgleich ihm der Exscindirungs-Anspruch mitgetheilt wurde, die Pfändung erwirkte, bezw. die erwirkte bestehen liess.

Wird der Exscindirungs-Klage stattgegeben, so muss die verfügte Freigebung amtlich constatirt werden. Der Impuls hierzu geht von den Parteien aus.

Nach österreichischem Rechte legt der eine von den beiden Streittheilen, also entweder der Executionssucher oder — was häufiger ist — der Exscindirungs-Sieger das rechtskräftige Urtheil dem Gerichte, bei welchem sich das Pfändungs-Protocoll befindet vor und bittet in einem eigenen Gesuche, dasselbe möge auf diesem Protocolle anmerken, dass die exscindirten Gegenstände aus der Execution freigegeben wurden. Es herrscht Streit darüber, wer die Kosten dieser Amtshandlung zu tragen habe, ob der zum Processkostenersatz verurtheilte Executionssucher oder der Dritte. Die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 26. Juni 1878, Z. 7155, Sammlung, XXI, No. 9716 legt sie Letzterem auf, aus Motiven, die hier nur darum genauer in's Auge gefasst werden, weil sie erkennen lassen, wie gründlich daselbst das Institut der Exscindirungs-Klage verkannt wird. Es heisst da, dass der Beklagte nur zur Anerkennung des Eigenthums des Klägers an den ihm gehörigen Effecten verurtheilt wurde, die Ausscheidung der Effecten aus dem Pfändungsprotocoll aber nicht als ein zur Rechtsdurchsetzung nothwendiges Mittel angesehen werden kann, besonders wenn erwogen wird, dass das Pfändungsprotocoll nicht dazu bestimmt ist, die Eigenthumsrechte in Evidenz zu halten, und weil die Auszeichnung des Eigenthumsrechtes des Klägers im Pfändungsprotocolle nur in seinem Interesse geschehen, daher der Geklagte die Kosten dafür zu ersetzen nicht schuldig ist. Zu solchen Verirrungen kommt man von einer falschen Theorie aus! Als ob dem Dritten daran gelegen

---

Anhalt, Bd. 28, S. 139 ff., Weizsäcker, Württembergisches Gerichtsblatt, Bd. 20, S. 323.

wäre, dass sein Eigenthumsrecht gerichtlich in Evidenz gehalten werde, während es sich ihm nur darum handelt, seine Sache aus der Execution herauszuziehen! Die richtige Auffassung vertritt die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 24. October 1882, Z. 12251, Sammlung, XX, No. 9142 (vgl. auch E. vom 1. Juli 1886, Z. 7140, Sammlung, XXIV, No. 11098), in welcher die fraglichen Kosten als Executionskosten dem besiegten Exscindirungs-Beklagten auferlegt werden.

Auch das ist in der Praxis streitig geworden, ob die Kosten des die erlegte Sistirungs-Caution betreffenden Erfolglassungsgesuches einen Bestandtheil der Gesammtkosten des Exscindirungs-Processes ausmachen. In der E. vom 4. Februar 1885, Z. 928, Sammlung, XXIII, No. 10410 spricht sich der oberste Gerichtshof verneinend aus, mit der Motivirung, dass der Erlag der Sistirungscaution mit dem Exscindirungs-Process in keinem unmittelbaren Zusammenhang stehe. Die richtige Auffassung wird in der E. vom 24. Juli 1878, Z. 8443, Sammlung, XVI, No. 7089 vertreten. Hier ist ausgeführt, dass, wenn zur Erreichung des Zweckes der auf Exscindirung gerichteten Klage die Sistirung der weiteren Executionsschritte erwirkt werden muss und dieselbe nur gegen Cautionserlag bewilligt wird, sowohl Erlag als auch Erfolglassung der Caution zur gänzlichen Rechtsdurchsetzung gehören.

Schliesslich sei noch bemerkt, dass der Exequendus für die dem Executionssucher durch die Aufnahme eines Exscindirungs-Processes erwachsenen Kosten nicht haftet.[5])

[5]) E. des obersten Gerichtshofes für Bayern vom 23. Juni 1873, Sammlung, Bd. 4, No. 58.

§ 17.

Rechtskraft des Erkenntnisses.

Das im Exscindirungs-Process zwischen dem Executionssucher und dem Dritten ergehende Erkenntniss wirkt selbstverständlich Rechtskraft nur *inter partes*, nicht für und wider den Exequendus, wenngleich Inhalt der Verhandlung insbesondere die Frage ist, ob das saisirte Vermögensstück zu dem für die Forderung haftenden Vermögen des Exequendus gehört oder nicht. Das betonen die E. des obersten Gerichtshofes v. 23. December 1862, Z. 8632, Sammlung, IV, No. 1620 und v. 5. Februar 1886, Z. 13445, Riehl's Spruchpraxis, Bd. 3, S. 333; aber auch die E. v. 7. September 1859, Z. 8956, Sammlung, IV, No. 2058. Umgekehrt kann sich auch der Dritte im Exscindirungs-Process auf die Rechtskraft eines Urtheils nicht berufen, in welchem die Eigenthumsfrage in einem seiner Zeit von ihm gegen den jetzigen Exequendus geführten Rechtsstreit zu seinen Gunsten beantwortet wurde. E. vom 6. März 1866, Z. 2004, Sammlung, V, No. 2412.

Inwieweit sind aber die Parteien des Exscindirungs-Streites an den Inhalt der in demselben ergehenden Entscheidung gebunden? Wird insbesondere in dem Falle, als der Dritte das Rechtsmittel auf sein Eigenthum an der executiv gepfändeten Sache stützt, auch die Entscheidung über diese Vorfrage von der Rechtskraft gedeckt? Auf dem Standpunkte der Savignyschen Lehre von dem Umfang der materiellen Rechtskraft müsste die aufgeworfene Frage selbstverständlich bejaht werden. Allein auf demselben steht weder das österreichische noch das moderne deutsche Recht. Denn die C.P.O. für das Deutsche Reich hat durch ihren § 293 die Rechtskraft auf die Ent-

scheidung über den durch den Klageantrag aus dem gesammten Entscheidungsstoff herausgehobenen Anspruch beschränkt. Und im österreichischen Rechte besteht eine ähnliche reservirte Auffassung schon länger.[1])

Aber auf Grund der Fassung des österreichischen Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, möchte vielleicht Mancher geneigt sein, die obige Frage dennoch zu bejahen. Der § 3 dieser Novelle sagt nämlich: „Diejenigen, welche sich in ihrem Besitze, Eigenthum oder anderen Rechten für gekränkt halten, haben solche . . . geltend zu machen." Hiernach scheint es, dass die Eigenthumsfrage nicht einen blossen Präjudicialpunkt des Processes zu bilden habe. Ich halte diese Auffassung für unrichtig. Das Schwergewicht liegt auf dem Zwecke, zu welchem das Eigenthum geltend gemacht wird: „um die Aufhebung der Execution zu bewirken." Darum ist es dem Dritten nicht zu thun, dass sein Eigenthum dem Executionsführer gegenüber festgestellt werde; was er anstrebt und mittelst der in dem Hofdecrete ihm zugestandenen Klage anstreben kann, ist einzig und allein die Freigebung der Sache aus dem Pfandnexus.[2]) Hieran wird auch dadurch Nichts geändert, wenn er geradezu klagt 1) auf Feststellung seines Eigenthums und 2) auf Ausscheidung der Sache aus der Pfändung,[3]) vorausgesetzt, dass er nicht ad 1) noch ein besonderes Feststellungsinteresse hat.

---

[1]) Unger, System II, S. 616; Ullmann, Das öst. Civilprocessrecht, 3. Aufl., S. 128; Ott, Krit. V. J. Sch., N. F. Bd. 12, S. 260, 261; E. Demelius, Zur Lehre von der Rechtskraft des Civilurtheils. Der zuletzt genannte Schriftsteller bemüht sich, darzuthun, dass der Begriff der materiellen Rechtskraft dem österreichischen Rechte unbekannt sei. In der Sache aber kommt er zu dem Ergebniss, dass die materielle Rechtskraft nur den Rechtsschutzanspruch des Klägers erfasst. Dasselbe lehrt aber schon Ullmann a. a. O., wo es heisst: „Es beschränkt sich sonach das Urtheil, d. h. die Entscheidung des Gerichtes auf die in der Klage bestimmt gestellte Bitte, auf jenen Rechtsanspruch, für welchen Rechtsschutz gefordert wurde, in jenem Umfange, in welchem er gefordert wird."

[2]) E. des obersten Gerichtshofes vom 23. December 1862, Z. 8632, Sammlung, IV, No. 1620.

[3]) E. Demelius, Zur Lehre von der Rechtskraft des Civilurtheils, S. 43 gegen Unger, System, II, S. 629 Anm. 22.

Diesen Gedanken hat der § 690 der C.P.O. für das Deutsche Reich ungleich schärfer zum Ausdruck gebracht. Nach seinem Wortlaute wird von dem Dritten bloss der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung „geltend gemacht“ und im Uebrigen nur vorausgesetzt, dass er ein ihm an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung zustehendes, die Veräusserung hinderndes Recht behaupte. Dem gegenüber kann nicht in's Gewicht fallen, dass die Begründung zu E. I, S. 445, E. II, S. 538 und E. III, S. 413, Hahn, Bd. 1, S. 441, sagt, es sei im Exscindirungs-Falle mehr als die blosse Ausführung der Vollstreckung in Frage: es sei über materielle Rechte der Betheiligten zu entscheiden.

Es kann mithin nur die Entscheidung darüber, ob die angefochtene executorische Maassregel zu Recht bestehe oder nicht, in Rechtskraft erwachsen. Dieses Ergebniss passt auch am Besten zu dem Charakter der Exscindirungs-Klage als eines cassatorischen Rechtsmittels.

B. Das Gesuch um vorläufige Einstellung und Aufhebung der Execution.

§ 18.

Gerichtsstand.

Das Hofdecret vom 29. Mai 1845, J. G. S. No. 889, enthält im § 3 zwei Competenzvorschriften. Die erste, von der oben S. 167ff. ausführlich gehandelt wurde, giebt Bescheid auf die Frage, bei welchem Gericht Exscindirungs-Klagen zu überreichen seien, und die zweite beschäftigt sich mit der Frage, bei welchem Gerichte das Gesuch um einstweilige Sistirung der Execution bis zur Beendigung des Exscindirungs-Processes anzubringen sei. Letztere schliesst sich eng an die erstere an, indem sie verordnet, dass ein solches Gesuch vor dasselbe „Gericht, wo die (Exscindirungs-)Verhandlung anhängig gemacht wird" gehöre. Die zweite Vorschrift besagt also eigentlich nichts anderes, als dass ausschliesslich das Exscindirungs-Process-Gericht competent sei, den Fortgang der Execution *pendente processu* zu hemmen.[1]) Gilt diese Vorschrift auch noch heutzutage? Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man geneigt sein, ja zu sagen. Denn der § 72 der Jurisdictions-

[1]) Aus der Vorgeschichte unseres Hofdecretes ist zu ersehen, dass noch zwei andere Ansichten vertreten wurden, eine, welche das Sistirungsgesuch in jedem Falle vor den Erkenntnissrichter verweisen wollte, weil nur der Richter, welcher die früheren Executionsschritte bewilligt hat, befugt sein soll, die weiteren zu hemmen, und eine andere, welche das Sistirungsgesuch in jedem Falle vor den Vollzugsrichter verweist, weil dieser am leichtesten in der Lage sei, darüber zu erkennen.

norm vom 20. November 1852, R.G.B. No. 251, statuirt lediglich einen mit dem des Hofdecretes materiell übereinstimmenden Gerichtstand für die Exscindirungs-Klage und lässt das Sistirungsgesuch des Exscindirungs-Werbers ganz unerwähnt. Daraus möchte man schliessen, die Jurisdictionsnorm habe nur die erste Vorschrift in eine andere Form bringen, die zweite aber unangetastet lassen wollen. Indessen hält diese Folgerung nicht Stich. Man darf nicht vergessen, dass die Jurisdictionsnorm vom 18. Juni 1850, R.G.B. No. 237, in der Mitte liegt. Schon diese hat durch ihren § 76 beide Competenzregeln unseres Hofdecretes formell und die zweite Regel auch materiell ausser Kraft gesetzt. Es heisst hier nämlich: 1. „Die Klage eines Dritten wegen Aufhebung eines Executionsactes, durch welchen er sich in seinem Besitze, Eigenthum oder in einem anderen Rechte gekränkt erachtet, kann nach der Wahl des Klägers entweder bei dem Erkenntnissgerichte oder bei dem Gerichte, welches den Executionsact vorgenommen hat, angebracht werden“; und 2. „Das Ansuchen um Einstellung des Vollstreckungsverfahrens kann auch bei dem zur Vornahme der Vollstreckung berufenen Gerichte angebracht werden.“ Die zweite Regel unseres Hofdecretes ist hier wesentlich umgestaltet. Zwar wenn der Dritte bei dem Vollstreckungsgerichte klagt, so hat er auch hier das Sistirungsgesuch zu überreichen; wenn er aber bei dem Erkenntnissgericht als Kläger auftritt, so hat er die Wahl, das Sistirungsgesuch entweder dem Erkenntnissgerichte oder dem Vollstreckungsgerichte vorzulegen. An die Stelle der Jurisdictionsnorm von 1850 ist die heute geltende getreten. Der § 76 der älteren ist vollständig verdrängt durch den § 72 der heutigen. An letzteren allein haben wir uns zu halten. Denn das lässt sich gewiss nicht behaupten, dass durch das kaiserliche Patent vom Jahre 1852 die abrogirten Competenzregeln des Hofdecretes zu neuem Leben erweckt worden sind. Und selbst, wenn man die Gesetzgebung des Jahres 1850 ignorirt, müsste man annehmen, dass die beiden Regeln unseres Hofdecretes durch den Art. VII des Kundmachungspatentes unserer Jurisdictionsnorm ausser Kraft gesetzt worden seien.

Es erübrigt nunmehr noch die Erörterung der Frage, wie die Lücke unserer Jurisdictionsnorm auszufüllen und vor welches Gericht der Dritte mit seinem Sistirungsgesuche zu weisen sei. Ich glaube, dass hier kein anderes Auskunftsmittel anwendbar ist, als die nachstehende Analogie. Was im ersten Absatze des § 72 für das Sistirungsgesuch des die Oppositionsklage überreichenden Exequendus verordnet ist, das darf wohl auch auf das Sistirungsgesuch des die Exscindirungs-Klage anstrengenden Dritten angewendet werden. Die Analogie führt zu dem Ergebniss, dass der heutige Rechtszustand in diesem Punkte genau übereinstimmt mit demjenigen, der durch das Gesetz von 1850 geschaffen worden ist.

Mit diesen meinen Ausführungen stimmt die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 27. September 1881, Z. 9658 (Sammlung, XIX, No. 8506) insoweit überein, als auch sie im Gegensatz zu dem Oberlandesgerichte in Prag von der Unkraft der Competenznormen des Hofdecretes vom Jahre 1845 ausgeht. Im Uebrigen aber kommt unser höchstes Tribunal zu einem abweichenden Resultate, indem es aus den §§ 72 und 71 J.N. folgert, dass auch in dem Falle, als die Exscindirungs-Klage beim Vollzugsgerichte schwebt, das Sistirungsgesuch bei dem Erkenntnissgerichte angebracht werden kann.[2])

Es ist oben S. 177ff. dargelegt worden, dass dem französischen Vorbilde folgend die Processordnung für Hannover, der H.E., der P.E., die Entwürfe I, II und III und die C.P.O. für das Deutsche Reich die Exscindirungs-Klage vor das Gericht des Vollstreckungsortes verweisen. Es soll je nach dem Werthe des Processgegenstandes das Collegial- oder das Einzelgericht zuständig sein, in dessen Sprengel die Execution erfolgt.

Seit dem P.E. wird auch noch die weitere Frage in Betracht gezogen, ob der Dritte das Gesuch um mittlerweilige Einstellung des Zwangsvollstreckungsverfahrens oder um Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaassregeln nur bei dem Gerichte, bei welchem die Exscindirungs-Klage anhängig ist,

---

[2]) Zeitsch. f. Notariat, 1888, No. 47.

anbringen dürfe. Aus den §§ 1021 und 1024 in Verbindung mit § 1030 Abs. 2 des P.E. ergiebt sich folgende Rechtslage:

1. Das Processgericht kann in jeder Lage des Exscindirungs-Streits auf Antrag des Dritten und nach Anhörung des Executionsführers die einstweilige Aussetzung der Zwangsvollstreckung sowie die Wiederaufhebung der bereits eingeleiteten Zwangsmaassregeln anordnen.

2. Der Dritte ist aber auch befugt, die einstweilige Aussetzung der Vollstreckung sowie die Wiederaufhebung der Zwangsmaassregeln bis zur Entscheidung des Processgerichtes bei dem Einzelrichter des Ortes der Vollstreckung in Antrag zu bringen.

Mit dem N.E. tritt eine erhebliche Wandelung ein. Insbesondere wird die ad 2 erwähnte Befugniss nur „in dringenden Fällen" gewährt. Der § 917 bietet in Verbindung mit § 919 des N.E. nachstehendes Bild dar:

1. Vor der Entscheidung kann das Processgericht auf Antrag anordnen, dass bis zur Erlassung des Urtheils die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einzustellen oder nur gegen Sicherheitsleistung fortzusetzen und dass die erfolgten Vollstreckungsmaassregeln gegen oder ohne Sicherheitsleistung aufzuheben seien.

2. In dringenden Fällen kann das Vollstreckungsgericht, d. i. das Amtsgericht, eine solche Anordnung erlassen, unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher die Entscheidung des Processgerichtes beizubringen ist. Nach fruchtlosem Ablauf derselben wird die Zwangsvollstreckung fortgesetzt.

Im Grossen und Ganzen ist diese Competenz-Vorschrift in den Entw. I (§ 603 in Verb. mit § 605), den Entw. II (§ 625 in Verb. mit § 627), den Entw. III (§ 637 in Verb. mit § 639) und in das Gesetz (§ 688 in Verb. mit § 690) übergegangen. Nach letzterem ist die hier in Betracht gezogene Frage, wie folgt, geregelt:

1. Das Processgericht kann auf Antrag anordnen, dass bis zur Erlassung des Urtheils über die nach § 690 C.P.O. erhobene Widerspruchsklage die Zwangsvollstreckung gegen

oder ohne Sicherheitsleistung eingestellt oder nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werde, und dass die erfolgten Vollstreckungsmaassregeln gegen oder ohne Sicherheitsleistung aufzuheben seien.

2. In dringenden Fällen kann das Vollstreckungsgericht (§ 684 Abs. 2 C.P.O.) eine solche Anordnung erlassen, unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher die Entscheidung des Processgerichtes beizubringen ist. Nach fruchtlosem Ablaufe derselben wird die Zwangsvollstreckung fortgesetzt.

Die Ingerenz des Vollstreckungsgerichtes ad 2 ist hiernach in ziemlich enge Grenzen eingeschlossen. Zur Charakterisirung derselben mögen einige Bemerkungen hier Platz finden. Sie tritt zeitlich vor derjenigen des Processgerichtes ad 1 ein. Denn unter Processgericht ad 1 ist das mit der Widerspruchsklage des § 690 C.P.O., sei es in erster, sei es in höherer Instanz, befasste, und nicht das Gericht zu verstehen, bei welchem die Klage erst anhängig gemacht werden soll. Die Widerspruchsklage muss also dem Executionsführer bereits zugestellt sein. Vor der Zustellung[3]) existirt das Processgericht in diesem Sinne noch nicht. Das Reichsgericht[4]) hat wohl erkannt, dass dieses Forum die fragliche Anordnung vor der Zustellung der Klage erlassen könne, nur müsse der Vollzug derselben von dem Nachweise der erfolgten Zustellung abhängig gemacht sein. Hierfür spricht scheinbar die Erwägung, dass, wenn in dringenden Fällen das Vollstreckungsgericht diese Anordnung vor der Zustellung der Widerspruchsklage erlassen kann, eine gleiche Befugniss umsomehr dem Processgericht zustehen muss. Allein diese Argumentation würde nur für die dringenden Fälle beweisen und greift angesichts des Wortlautes des § 688 C.P.O. und seiner Vorgeschichte nicht durch.

Das Vollstreckungsgericht ad 2 kann aber nur in dringenden Fällen angerufen werden. Ob Dringlichkeit vorliegt oder nicht, prüft und entscheidet es selbst. Die Erhebung der Widerspruchsklage beim Processgerichte wird nicht vorausgesetzt. Die Frist,

---

[3]) Diese, nicht die „Anbringung der Klage bei Gericht“ entscheidet. Anders Peter, Gruchot's Beiträge, Bd. 29, S. 334—371, 653—674.

[4]) Beschl. v. 15. März 1882, Entsch. Bd. 10, S. 314, 315

innerhalb welcher die Entscheidung des Processgerichtes beizubringen ist, wird sowohl bei anhängiger als bei nicht anhängiger Widerspruchsklage gesetzt und enthält im letzteren Falle zugleich die Nöthigung zur Erhebung der Klage. Eigentlich werden da drei Anordnungen erlassen, zwei vorläufige, nämlich die des Vollstreckungs- und die des Processgerichtes (bei Beginn oder im Laufe des Processes), und eine definitive, nämlich die des Processgerichtes in dem in der Exscindirungs-Sache ergehenden Endurtheil. Die dem Vollstreckungsgericht beizubringende „Entscheidung" des Processgerichtes ist nicht das Exscindirungs-Endurtheil, sondern die ad 1 zu erlassende vorläufige Anordnung.

§ 19.

Vorläufige Einstellung und Aufhebung der Execution.

In der Frage, ob dem Rechtsmittel der Exscindirungs-Klage an und für sich der Suspensiveffect zukomme, gehen das gemeine deutsche und das französische Recht auseinander. Ersteres verneint, letzteres[1]) bejaht sie.

Das österreichische Recht und die C.P.O. für das Deutsche Reich stehen principiell auf dem Standpunkt des gemeinen Civilprocesses. Das heisst: Die Anstellung der Exscindirungs-Klage hindert hier nicht, dass der Executionsführer auf der Grundlage des angefochtenen Executionsactes die Execution fortsetze und vollende. Hierdurch kann der günstige Erfolg der Klage vereitelt werden. Denn wenn das reclamirte Vermögensstück dem Ersteher zugewiesen ist, so hat das die Freigebung aussprechende Erkenntniss nicht den Effect, dass es ohne Weiteres auch wider den Ersteher Rechtskraft macht, mag immerhin die Sache demselben noch mittelst einer anderen Klage abgejagt werden können. Aus diesem Grunde hat der Exscindirungs - Kläger ein Interesse daran, dass die Execution nicht bis zu dem Zeitpunkte fortgeführt werde, in welchem sonst, d. h. wenn das fragliche Vermögensstück wirklich zu dem Vermögen des Exequendus gehört, der Uebergang desselben in das Vermögen des Erstehers als bewirkt anzusehen wäre. Für dieses Bedürfniss ist dadurch vorgesorgt, dass der Exscindirungs-Werber unter gewissen Voraussetzungen,

---

[1]) Vgl. z. B. Schlink, Commentar zu *Art. 6'8 Code de procédure civile*, Bd. IV, S. 94 und E. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure, tome troisième*, Paris, 1888, S. 655 u. 658.

auf welche hier näher einzugehen ist, nach österreichischem Rechte die vorläufige Einstellung, nach dem Rechte der C.P.O. für das Deutsche Reich die vorläufige Einstellung oder Aufhebung der im Zuge befindlichen Execution erwirken kann.

Nach dem Wortlaut des § 3 des österreichischen Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, darf der Exscindirungs-Werber nur verlangen, dass während der Dauer des Exscindirungs-Processes mit den weiteren Executionsschritten innegehalten werde. Er kann also mittelst des sog. Sistirungsgesuches nicht bewirken, dass schon vollzogene Executionsschritte für die Dauer des Processes wieder rückgängig gemacht werden. Unsere Praxis hat sich aber zu wiederholten Malen über den Wortlaut des genannten Paragraphen hinweggesetzt, indem sie z. B. bewilligte, dass die über die Sachen verhängte enge Sperre beseitigt oder die Transferirung redressirt werde. Immer geschah dies aber nur gegen eine von dem Dritten durch gerichtlichen Erlag von Baargeld bestellte Sicherstellung der Judicatsschuld. Die Gründe jedoch, auf welche der oberste Gerichtshof seine Ansicht stützt, halten nicht Stich. In seiner Entscheidung vom 22. Juni 1869, Z. 6804, Sammlung, VII, No. 3450 führt er aus, dass es gleichgiltig sei, ob der geschuldete Betrag (von dem Exequendus oder von einem Dritten) dem Executionsführer gleich bei der Vornahme der Pfändung baar ausbezahlt oder später für Rechnung des Gläubigers bei Gericht erlegt wird, indem derselbe auch im letzteren Falle für seine Forderung keiner Gefahr eines Verlustes ausgesetzt erscheint, da er in dem zu Gericht erlegten Betrage die Sicherheit für seine Forderung hat. Die ganze Argumentation ist unrichtig. Denn es ist nicht gleichgiltig, ob der Gläubiger bezahlt oder sichergestellt wird. Da er auf Zahlung Anspruch hat, braucht er sich mit Sicherstellung nicht zu begnügen. Und davon steht in unserem Hofdecrete Nichts, dass er sich, falls ein begründetes Sistirungsgesuch vorliegt, vorläufig bei einer Sicherstellung beruhigen muss. Vielmehr ist ihm gestattet, die Execution zur Befriedigung fortzusetzen, nur dass er eben diejenigen Executionsschritte nicht vornehmen darf, durch welche dem Dritten

ein unwiederbringlicher Nachtheil zugefügt werden würde. Dennoch behauptet der oberste Gerichtshof, bezw. die 2. Instanz in der Entscheidung vom 6. December 1870, Z. 14368, Sammlung, VIII, No. 3980, dass durch die Sistirung die Executionsführung in das Stadium (?) der Execution bis zur Sicherstellung tritt und die Bestimmung des § 12 der Justizministerialverordnung vom 18. Juli 1859, R.G.B. No. 130, Anwendung findet. Gegen die Folgerung wäre Nichts einzuwenden, wenngleich die §§ 7 und 8 der Justizministerialverordnung, da sie nur vom Geklagten sprechen, lediglich *per analogiam* anzuwenden wären, aber die Prämisse ist unrichtig.

Die im Gesetz enthaltene Wendung „weitere Executionsschritte" ist nicht im Sinne der Executionsgrade gebraucht und bedarf einer Erläuterung. Bei gewissen Executionsacten ist es zweifelhaft, ob sie an und für sich, wenngleich deren Vornahme dem Dritten einen unwiederbringlichen Schaden zufügen könnte, suspendirt werden dürfen. Das gilt gleich von der executiven Pfändung. Nach dem Wortlaut unseres Hofdecretes setzt das Sistirungsgesuch voraus, dass die Execution vorgenommen, erfolgt ist (§ 3), was doch wohl zunächst so viel bedeuten soll, dass die executive Pfändung vollzogen ist (§ 1, 2). Man könnte nun fragen: Soll der Exscindirungs-Werber warten müssen, bis die Pfändung vorgenommen ist, wenn er Kenntniss davon hat, dass das Gericht die Pfändung seiner Sache bewilligt hat und deren Vornahme bevorsteht, oder dass demselben ein Gesuch um Bewilligung der Pfändung derselben vorliegt, welchem demnächst stattgegeben werden soll? Dennoch ist über den Wortlaut des Gesetzes nicht hinauszugehen.[2]) Denn eine Suspendirung der Pfändung wäre, abgesehen davon, dass man nicht recht wüssste, was freizugeben sei, eine zu gefährliche Maassregel. Der Exequendus könnte nämlich die Zeit der Suspension benützen, um sich der Sache zu entäussern und der Executionsführer hätte dann, auch wenn er in der Exscindirungs-Sache obsiegt, das leere Nachsehen.

---

[2]) Vgl. die Motive 2. Instanz, Sammlung, VI, No. 2749.

Die executive Feilbietung gehört zu denjenigen Executionsacten, die am häufigsten im Interesse der Exscindirungs-Werber hinausgeschoben werden. Selbstverständlich ist nicht erforderlich, dass der Executionssucher die Feilbietung schon begehrt habe (E. v. 2. Juli 1872, Z. 6764, Sammlung, X, No. 4648.) Fraglich ist, ob auch nach vorgenommener Feilbietung weitere Executionsschritte suspendirt werden können. Hier muss man unterscheiden Maassregeln, auf deren Vornahme der Ersteher durch den Zuschlag ein festes Recht erlangt hat, z. B. Ueberlassung des Besitzes an den erstandenen Mobilien, Einantwortung des unbeweglichen Gutes zum Zwecke der Erwirkung der grundbücherlichen Eigenthumseinverleibung, Einantwortung der erstandenen Forderung zum Zwecke der Legitimation als Gläubiger u. s. w. und alle anderen, durch welche der Ersteigerer nicht tangirt wird, z. B. Vertheilung des von ihm erlegten Kaufschillings unter die Gläubiger. Nur bezüglich der letzteren ist eine Sistirung statthaft,[3]) nicht auch bezüglich der ersteren.[4]) Denn das Sistirungsgesuch kehrt seine Spitze immer nur gegen den Executionsführer. Ist derselbe freilich zufällig der Ersteigerer, dann kann auch mit den ersteren Maassregeln innegehalten werden.

Noch ist derjenigen Executionsmaassregeln zu gedenken, welche sich nicht in einer einmomentigen Zwangshandlung erschöpfen, bei denen sich vielmehr die Zwangsübung auf einen längeren oder kürzeren Zeitraum erstreckt. Hierher gehört z. B. die Zwangsverwaltung, d. i. in österreichischer Terminologie die (executive Pfändung und) Sequestration der Früchte.

---

[3]) E. v. 3. November 1886, Z. 11677, Sammlung, XXIV, No. 11228: Sistirung des Kaufschillingsvertheilungsverfahrens; E. v. 24. April 1883, Z. 4750, Sammlung, XXI, No. 9403: Sistirung der Ausfolgung des Erlöses an den Executionsführer. Die E. v. 19. August 1887, Z. 9487, Sammlung, XXV, 11711 sagt, dass die Einantwortung, Einführung des Erstehers und Vertheilung des Meistbotes nicht suspendirt werden könne, weil sie nicht Executionsschritte sind. Die Motivirung ist ganz, die E. zum Theil (Vertheilung des Meistbotes) unrichtig.

[4]) Vgl. E. v. 2. April 1879, Z. 3315, Sammlung, XVII, No. 7400, in welcher die Sistirung der Ausfolgung des Einantwortungsdecretes in einer Immobiliarexecution verweigert wurde.

Was ist hier unter den weiteren Executionsschritten zu verstehen? Offenbar die Fortsetzung des Zwanges, wie er bis zum Zeitpunkt der Sistirung geübt wurde.

Mit den weiteren Executionsschritten darf nach unserem Hofdecrete nur insofern innegehalten werden, als sonst dem Exscindirungs-Werber ein unwiederbringlicher Nachtheil zugefügt werden würde. Auch das ist ein Begriff, der in der Praxis nicht immer richtig aufgefasst wird. Zunächst steht fest, dass nicht suspendirt werden dürfen Executionsmaassregeln, welche dem Dritten überhaupt keinen Nachtheil, weder einen reparabeln noch einen irreparabeln zufügen. Ein Executionsact dieser Art ist m. E. die executive Schätzung. Anderer Meinung ist der oberste Gerichtshof in der gänzlich verfehlten E. vom 14. November 1878, Z. 12594, Sammlung, XVI, No. 7211, wo nur von Seite des Oberlandesgerichtes das Richtige getroffen ist. Oder die executive Feilbietung von Sachen, welche dem Verderben unterliegen und nicht länger aufbewahrt werden können. E. v. 3. November 1869, Z. 12335, Sammlung VIII, 3553. Denn nicht nur, dass hier die Veräusserung dem Dritten keinen Nachtheil zufügt, sie ist ihm unter den obwaltenden Umständen vortheilhaft.

Bei anderen Executionsschritten kommt es darauf an, ob man den Nachtheil, welchen sie dem Dritten zufügen, als einen unwiederbringlichen im Sinne des Hofdecretes bezeichnen kann. Es scheint, dass hier nur an Reparation durch Naturalwiederherstellung und nicht an eine solche durch Geldersatz[5]) zu denken ist. Denn wollte man nur einen Nachtheil gelten lassen, der unwiederbringlich ist auch in dem Sinne, dass dem Dritten nicht einmal ein Geldersatz zugesprochen werden könnte, dann käme es nur selten zur Sistirung. Aber nicht die Reparabilität durch Naturalwiederherstellung überhaupt schliesst die Sistirung aus. Denn dann dürfte mit der Immobiliarfeilbietung bei nicht verbücherten Immobilien nicht innegehalten werden, weil sie dem Ersteher jedenfalls abgejagt

[5]) Ueber diesen Gegensatz Degenkolb, Archiv f. civil. Praxis, Bd. 76, S. 1—88.

werden können. Sondern nur eine Reparabilität, welche einzig und allein vom Executionsführer abhängt. Mit anderen Worten: Ist der durch die Vornahme des Executionsactes dem Dritten zugefügte Nachtheil ein solcher, welcher durch eine blosse Erklärung des Executionsführers wieder behoben werden kann, so darf die Sistirung derselben nicht bewilligt werden. Hiermit stimmt auch die Praxis unserer Gerichte überein.[6]) Es wird z. B. die Zwangsveräusserung als irreparabler Nachtheil angesehen. Dem steht nicht entgegen, dass der Executionsführer den Nachtheil dadurch verhüten kann, dass er das Gut selbst ersteht. E. v. 8. Mai 1861, Z. 3351, Sammlung, III, No. 1321. Consequent muss dasselbe von der Zwangsverwaltung gelten. Das hat denn auch der oberste Gerichtshof im Spr.R. No. 39 festgesetzt (E. v. 21. Januar 1873, Z. 477, Sammlung, XI, No. 4845),[7]) obgleich weder hier noch sonstirgendwo das richtige, zugleich auch eine Beschränkung obiger Rechtssätze bedeutende Princip erkannt ist.

Der Sistirungs-Werber hat die Voraussetzungen der Sistirung nicht zu beweisen, sondern nur zu bescheinigen. Unter ihnen steht in erster Reihe, dass ihm ein Exscindirungs-Anspruch zustehe, eine Voraussetzung, welche er im Exscindirungs-Processe allerdings beweisen muss. Erbracht wird die Bescheinigung, wie sonst im österreichischen Civilprocesse, lediglich durch Vorlage von Urkunden. Ob dieselbe hinreicht, hängt hauptsächlich von dem Inhalt der Urkunden ab. Aus der reichen Praxis unserer Gerichte hebe ich folgende Beispiele hervor. Sammlung, XXVI, 11557 bezieht sich der Gesuchsteller auf ein Urtheil, in welchem er früher einem anderen Executionssucher gegenüber mit dem Exscindirungs-Anspruch

---

[6]) Die E. v. 29. August 1882, Z. 9909, Sammlung, XX, No. 9083 kommt wohl zu dem Ergebniss, dass die Transferirung der Thiere zu redressiren sei, weil die Fortdauer des Gewahrsams bei dem Depositar dem Dritten einen unwiederbringlichen Nachtheil zufügt. Die Entsch. ist unrichtig, weil nur weitere Executionsschritte suspendirt, nicht aber die Fortdauer einer bereits gesetzten Maassregel abgeschnitten werden darf.

[7]) Vgl. auch E. v. 29. September 1885, Z. 11407, Sammlung, XXIII, No. 10713.

bezüglich derselben Sachen obsiegte. Sammlung, XXIII, No. 10740 wird eine notarielle Urkunde vorgelegt, in welcher der Exequendus das Eigenthum des Dritten anerkennt. Sammlung, XXVI, 12015, beruft sich der Dritte auf ein Protocoll, aus dem hervorgeht, dass er die Sachen bei einer executiven Feilbietung erstanden habe. Sammlung, XVII, No. 7475 wird ein (formwidriger) Kaufvertrag vorgelegt, Sammlung, V, No. 2740 ein notariell legalisirter. Sammlung, VII, No. 3463 beruft sich der Dritte auf die in der Pfändungs-Relation des Gerichtsdieners erwähnte Bestätigung von zwei anwesend gewesenen Zeugen, dass die Effecten ihm gehören. Die blosse Anbietung eines Zeugenverhörs genügt nicht, Sammlung, IV, No. 1763; XVII, 7680; dagegen VII, 3454; ebensowenig die Eidesdelation, Sammlung, VII, 3341; XVII, 7372 und XXIV, 10961.

Die Sistirung darf „unbedingt" nur im Fall hinreichender Bescheinigung des Exscindirungs-Anspruches bewilligt werden. Ausser diesem Falle nur bedingt, d. h. gegen Sicherstellung von Seite des Sistirungs-Werbers[8]) für allen Schaden.

In der Praxis hatte sich Streit[9]) darüber erhoben, wann der Sicherstellungsfall eintrete. Zwei Meinungen standen einander gegenüber. Die eine sagte, bei Mangel einer Bescheinigung. Ihr zufolge kann zur Erwirkung der Sistirung die Caution genügen, auch wenn nicht die geringste Bescheinigung erbracht ist. Auf diesem Standpunkte steht vielleicht die E. vom 25. Juli 1860, Z. 8717, Sammlung, III, 1165. Dieselbe widerspricht wohl dem Wortlaute des Hofdecretes nicht. Denn man kann nicht mit dem obersten Gerichtshof in der E. vom 1. October 1885, Z. 8544, Sammlung, XXIII, No. 10720 sagen, dass in demselben lediglich die hin-

---

[8]) Ist das Gesuch, in welchem eine solche Caution nicht angeboten ist, zur Verbesserung zurückzuweisen? M. E. nicht. E. v. 23. November 1880, Z. 13444, Sammlung, XVIII, No. 8196. Aber E. v. 1. Juli 1874, Z. 6696, Sammlung, XII, No. 5407.

[9]) Aehnlich wie bei § 276, 284 A., bezw. § 367, 376, W.G.O. Nebenbei sei bemerkt, dass § 288 A. 382 W.G.O. bei der Exscindirungs-Sistirung nicht Anwendung finden nach der E. des obersten Gerichtshofes v. 30. Juni 1869, Z. 7386, Sammlung, VII, No. 3458.

reichende Bescheinigung der nicht hinreichenden Bescheinigung entgegengesetzt und die Eventualität des Mangels jeder Bescheinigung nicht erwähnt wird. Dennoch hat sich die Praxis überwiegend der entgegengesetzten Ansicht angeschlossen, nach welcher der Sicherstellungsfall nur bei mangelhafter Bescheinigung Platz greift. Hiernach müssen wir drei Eventualitäten unterscheiden. Erstens: Die angebrachte Bescheinigung ist hinreichend. Da bedarf es keiner Caution. Zweitens: Die vorgelegte Bescheinigung ist zwar nicht hinreichend, aber auch nicht ganz ohne Belang. Hier kann die Caution den Dritten zum Ziele führen. Drittens: Die versuchte Bescheinigung ist ganz ohne Belang, oder es ist gar keine versucht worden. Hier versagt das Auskunftsmittel der Caution, die Sistirung ist unzulässig. Anlässlich der oben genannten E. des obersten Gerichtshofes vom 1. October 1885 wurde in das Spruchrepertorium sub No. 129 der Rechtssatz eingetragen: „Dem Begehren um Sistirung einer Execution gegen Caution kann nicht stattgegeben werden, wenn eine Bescheinigung der in der Exscindirungs-Klage aufgestellten Behauptungen mangelt.“ [10]) Aber nach meinem Dafürhalten ist die erste Ansicht die richtige. Nicht nur, weil sie dem gemeinen Recht entspricht, das durch unser Hofdecret nicht abgeändert werden sollte, sondern auch, weil nach österreichischem Recht die Sistirung nur eine mittlerweilige Vorkehrung im Exscindirungs-Processe ist, also die Pendenz der Exscindirungs-Klage zur unausweichlichen Voraussetzung hat (E. v. 12. September 1865, Z. 7270, Sammlung, V, No. 2271), und es nicht empfehlenswerth ist, während eine Exscindirungs-Klage schwebt, beispielsweise zur Feilbietung vorzuschreiten. Denn wer wird denn bei derselben ein billiges Angebot machen, wenn er sich sagen muss, dass der Dritte im Rechte sein und ihm später als einem schlechtgläubigen Ersteigerer die Sache wieder abjagen kann. Man wende nicht ein, dass diese Erwägung dazu führt, der Exscindirungs-Klage an und für sich den Sus-

[10]) Vgl. auch E. v. 12. August 1884, Z. 8298, Sammlung, XXII, No, 10127; v. 9. September 1886, Z. 8942, Gerichtshalle, 1887, No. 12; v. 11. Januar 1887, Z. 234, Sammlung, XXVI, 12513.

pensiv-Effect zuzugestehen. Damit könnte ich mich nicht einverstanden erklären. Denn dann wäre es jedem Dritten in die Hand gegeben, durch unbegründete Exscindirungs-Processe die Execution in die Länge zu ziehen, während sich zu einer Cautionsbestellung doch nur Derjenige entschliesst, welcher von der Begründetheit seines Exscindirungs-Anspruches überzeugt ist.

„Für allen Schaden" hat der Exscindirungs-Werber die Sicherstellung zu leisten. Offenbar ist hierbei nur an den Schaden zu denken, welcher dem Executionsführer durch die Verzögerung der Execution zugefügt wird. Sichergestellt wird, genauer gesprochen, die eventuell dem Executionsführer gegen den Dritten auf Ersatz dieses Schadens erwachsende Forderung. Hier fragt es sich, ob der Dritte für die von ihm verursachte Verzögerung nur dann haftet, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, und ob er durch die Leistung der Caution die Verpflichtung übernimmt, unabhängig von einem Verschulden Schadensersatz zu leisten. Aber diese Fragen können nur in einem anderen Zusammenhange untersucht werden und sind darum hier nicht weiter zu verfolgen.

Nach gemeinem deutschen Processe konnte übrigens der Executionssucher die Sistirung dadurch vereiteln, dass er seinerseits dem Dritten Caution bestellte für den Schaden, der ihm durch die Nicht-Sistirung, durch die Fortführung der Execution erwachsen könnte. Diesen Rechtssatz hat das österreichische Recht — zum Nachtheil der Sache — nicht recipirt.

Schwierig ist die Frage, wie hoch im einzelnen Falle die Sistirungs-Caution zu bemessen sei. Zur Zeit ihrer Auferlegung ist kaum ein Anhaltspunkt zur Beurtheilung vorhanden, ob durch die Sistirung ein Schaden entstehen wird, wie hoch er sich belaufen dürfte und, eventuell, ob der Dritte ihn verschuldet hat. Die Behauptung, dass der Cautionsbetrag dem Schätzwerth der reclamirten Sachen gleichkommen müsse, steht in der Luft.[11]) Nur dass er die einzutreibende Forderung sammt Nebengebühren nicht übersteigen darf, lässt sich sagen.

---

[11]) E. v. 3. Mai 1885, Z. 2020, Spruch-Praxis, V, S. 399.

Im Uebrigen muss der gesunde Tact des Richters entscheiden, und er wird gut thun, vorher womöglich die beiden Streittheile über die Art und Höhe der Caution zu vernehmen, was durch das Hofdecret nicht ausgeschlossen wird.[12])

Eine Surrogirung der Sistirungs-Caution durch den Eid des Dritten, dass er sie nicht schaffen könne, ist unzulässig. Denn der sog. Armuthseid *(juramentum paupertatis)* des Klägers ersetzt nur die von ihm begehrte Sicherstellung für die Processkosten *(cautio actoria, cautio pro expensis)* § 406 A. 539 W. G. O.[13])

Ist eine Caution erforderlich, so wird das Sistirungs-Begehren nur „bedingt", d. h. bedingt durch den binnen einer bestimmten Frist zu bewirkenden Cautionserlag bewilligt. Nach fruchtlosem Ablauf derselben kann der Executionsführer die Zwangsvollstreckung fortsetzen. Wie nun, wenn ihm zu diesem Zwecke z. B. die executive Feilbietung bewilligt wird und der Dritte nachträglich doch noch die Caution erlegt. Der oberste Gerichtshof hat am 21. August 1883, Z. 9835, Sammlung, XXI, No. 9538 entschieden, dass auch in diesem Falle die Feilbietung sistirt werden müsse, da es dem Dritten freistände, neuerlich um die Sistirung zu bitten. Das ist im Allgemeinen nicht richtig. Denn die Umstände können sich inzwischen so geändert haben, dass jetzt das Sistirungsgesuch nicht, oder nur gegen höhere Caution bewilligt werden könnte.

In der Praxis wurde Seitens der Exscindirungs-Kläger wiederholt gebeten, das Gericht möge die Anmerkung der Pendenz der Exscindirungs-Klage in dem Depositenbuch bei der Rubrik, unter welcher der Feilbietungserlös erlegt ist, anordnen. Zweck derselben soll wohl sein, zu verhüten, dass der Geldbetrag, so lange die Anmerkung besteht, an den Executionsführer ausgefolgt werde. In der E. v. 16. December 1873, Z. 12213, Sammlung, XI, No. 5176 hat der oberste Ge-

---

[12]) E. v. 4. Mai 1870, Z. 5147, Sammlung, VIII, No. 3788 und vom 1. Juli 1874, V, 6696, Sammlung, XII, No. 5407.

[13]) E. v. 30. December 1864, Z. 10010, Sammlung, IV, 2044; v. 13. November 1878, Z. 12704, Sammlung, XVI, No. 7207; und v. 1. Februar 1881, Z. 865, Sammlung, XIX, No. 8274.

richtshof die Anmerkung bewilligt. Interessant ist an der übrigens ganz verfehlten Motivirung, dass der Rechtsmittelcharakter der Exscindirungs - Klage insoweit anerkannt ist, als das den Suspensiv-Effect des Recurses regelnde Hofdecret vom 2. März 1799, J.G.S. No. 459 analog herangezogen wird. Aus demselben lässt sich indessen nur deduciren, dass mit der Ausfolgung des Erlöses innegehalten werde. Wo aber bleibt der Beweis, dass zu diesem Zwecke das Mittel der depositenbücherlichen Anmerkung zulässig sei? Mit Recht haben sich zwei andere Entscheidungen auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt. Es sind dies die E. vom 4. Februar 1874, Z. 794, Sammlung, XII, No. 5240, und vom 24. Juni 1879, Z. 6998, Sammlung, XVII, No. 7523. Eine Vorschrift, auf welche sich eine derartige Anmerkung stützen könnte, existirt nicht. Insbesondere ist eine solche nicht im § 2 des Hofdecretes v. 29. Mai 1845, J.G.S. No. 889, enthalten, welcher nur von der Anmerkung des Exscindirungs-Anspruches auf gepfändete Sachen zum Zwecke der Verständigung der Exscindirungs-Werber von den weiteren Executionsschritten zur Wahrnehmung ihrer Rechte handelt. Und auch die Analogie der grundbücherlichen Streitanmerkung kann nicht angerufen werden, weil diese nicht den Zweck hat, die Sache zu saisiren, sondern dazu dient, dass die Klage auch gegen spätere Erwerber bücherlicher Rechte an der Sache wirke. Ein Verbot aber könnte der Dritte erwirken, wenn anders die Voraussetzungen desselben zutreffen.

Auch der Exscindirungs-Kläger kann, wenn nur die Voraussetzungen des § 406 A.G.O. vorhanden sind, von dem beklagten Executionsführer veranlasst werden, ihm eine Caution für seinen eventuellen Processkostenersatzanspruch zu bestellen. Zwar spricht der citirte Paragraph nur von der „ersten Klage.“ [14]) Allein der Exscindirungs-Process hat sich im Laufe der Zeit in einem solchen Maasse losgelöst von dem zu Grunde liegenden Zwangsvollstreckungsverfahren, dass er principiell als ein

[14]) v. Schrutka, Praktische Fragen des österreichischen civilgerichtlichen Verfahrens, Prag-Leipzig, 1884, S. 38.

neues selbständiges und unabhängiges Verfahren erscheint. Und wollte man ihn trotzdem als eine Incident- oder Nebenstreitigkeit behandeln, so stände doch das Hofdecret vom 23. April 1802, J. G. S. No. 561, entgegen, welches, wenngleich in einem anderen Zusammenhange, die während des Hauptprocesses überreichten, Incident- oder Nebenstreitigkeiten inaugurirenden Klagen „erste Klagschriften“ nennt. Dazu kommt noch, dass die Exscindirungs-Klage von einem Dritten angestellt wird und insofern jedenfalls als eine erste Klage angesehen werden muss, selbst wenn man geneigt wäre, den Exscindirungs-Process für ein blosses Intermezzo der Execution zu halten.

Wenngleich auch im heutigen Rechte dem Inhalt der Exscindirungs-Klage eine Beziehung zu der Execution eigenthümlich ist, so ist doch der Fortgang des Zwangsvollstreckungsverfahrens unabhängig vom Exscindirungs-Processe. Eine Abhängigkeit des ersteren von letzterem kann nur künstlich hervorgerufen werden. Es geschieht dies durch die gerichtliche Sistirung der weiteren Executionsschritte bis zur rechtskräftigen Erledigung der Exscindirungs-Frage. Der beklagte Executionssucher hat dann das grösste Interesse an der Fortführung und Beendigung des Exscindirungs-Processes. In aller Regel ist nun der Beklagte in der Lage, auch wenn der Kläger den Process nicht ordnungsmässig betreibt, die Erledigung desselben herbeizuführen. Nur in einem einzigen Falle ist es nach dem Processrechte im Gebiete der allgemeinen Gerichtsordnung dem Kläger möglich, den Beklagten lahm zu legen, so dass das Verfahren nicht aus der Stelle rückt. Nämlich dann, wenn der Kläger von Seite des Gerichtes aufgefordert ist, dem Beklagten eine annehmliche Sicherheit für die Gerichtskosten zu bestellen oder den Armuthseid abzulegen. Die Sanction dieser Verfügung besteht lediglich darin, dass der Beklagte in der Hauptsache so lange keine Rede und Antwort zu stehen braucht, bis ihr der Kläger nachgekommen ist. Es liegt hier ausschliesslich in der Hand des Klägers, ob die Verhandlung zur Hauptsache beginnen oder ruhen solle. Eine Frist, binnen welcher die Caution zu legen oder der Armuthseid zu leisten ist, wird nicht bestimmt, und es ist daher auch davon

keine Rede, dass nach fruchtlosem Ablauf derselben auf Antrag des Beklagten die Klage für zurückgenommen erklärt werden könnte,[15] wie dies der § 105 der Civilprocessordnung für das Deutsche Reich bestimmt.

Im Exscindirungs - Process spitzt sich die Situation zu. Wenn hier der Exscindirungs-Kläger die actorische Caution nicht erlegt, kann der beklagte Executionssucher durch sich selbst den Fortgang der Exscindirungs-Verhandlung nicht herbeiführen. Aber die Pendenz der Exscindirungs-Klage dauert fort. Und für die ganze Dauer ihrer Pendenz bleibt die Execution sistirt. Soll hier der beklagte Executionssucher genöthigt sein, es so lange bei der Sistirung bewenden zu lassen, bis sich der Dritte, dem es ja gerade an der Sistirung gelegen ist, zur Cautionsleistung herbeilässt? Oder darf man ihm zumuthen, auf seinen Cautionsanspruch zu verzichten, damit er hierdurch den Process in den Gang bringe? Die gleiche Verlegenheit kann sich übrigens auch in anderen Fällen ergeben. Z. B., wenn der Gläubiger, nachdem er einen Arrestschlag wider (beim Dritten befindliche) Sachen des Schuldners erwirkt hatte, die Arrestjustificirungs-Klage erhob, aber die vom Schuldner beantragte Caution nicht erlegt. Soll hier der Arrest fortdauern, weil der Kläger den Justificirungs-Process nicht flott machen will?[16]

Nach meinem Dafürhalten hat hier folgende Erwägung Platz zu greifen. Die Sistirung ist einzig und allein im Interesse des Dritten bewilligt. Da ist es ganz angemessen, von ihm zu verlangen, dass er die Exscindirungs-Klage ordnungsmässig betreibe. Und hierzu gehört gewiss auch der Erlag der actorischen Caution binnen einer angemessenen vom Gericht auf Antrag des beklagten Executionsführers zu bestimmenden Frist. Bei fruchtlosem Ablauf derselben muss auf Antrag die Sistirung wieder aufgehoben werden, wodurch aber das Recht des Beklagten, die Einlassung auf die Exscindirungs-Verhandlung vorläufig zu verweigern ganz und gar nicht berührt wird. Auf diesem Standpunkt steht auch der oberste Gerichtshof in den

[15]) A. Menger in Grünhut's Zeitschr., Bd. 7, S. 675.

[16]) Entsch. des obersten Gerichtshofes v. 23. Juni 1886, Z. 7289, Sammlung, XXIV, 11090.

Entscheidungen vom 24. Juni 1879, Z. 7076, Sammlung, XVII, No. 7524; vom 18. April 1883, Z. 4608, Sammlung, XXI, No. 9394 und vom 6. Juli 1887, Z. 7662 bei Nowak, Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Civilsachen, Bd. 3, III, 34 und Sammlung, XXV, 11663. Auf dem entgegengesetzten in der Entsch. vom 19. März 1884, Z. 3049, Sammlung, XXII, No. 9949. Soweit darf freilich nicht gegangen werden, dass die Klage im Fall der Verabsäumung der Erlagsfrist als ordnungsmässig eingebracht nicht angesehen werden solle;[17]) denn nur die Freigebung der Executionssistirung kommt in Betracht. Insoweit, aber nur insoweit, hat der oberste Gerichtshof Recht mit seiner Entscheidung v. 30. December 1879, Z. 7711, Sammlung, XVII, No. 7711.

Die C.P.O. für das Deutsche Reich bedeutet dem österreichischen Rechte gegenüber insofern einen Fortschritt, als hier, wie bereits bemerkt, auch die Aufhebung der im Zuge befindlichen Execution für die Dauer des Exscindirungs-Processes erwirkt werden kann. Grundsätzlich aber steht das deutsche Recht auf demselben Standpunkte wie das österreichische. Das bedarf schon deshalb einer besonderen Hervorhebung, weil die älteren Vorarbeiten zur d. C.P.O. das französische Recht zum Muster genommen hatten, und erst später das französische von dem gemeinrechtlichen Princip verdrängt wurde.

So hat die allgemeine bürgerliche Processordnung für das Königreich Hannover die Exscindirungs-Klage mit Suspensiv-Effect ausgestattet. Im letzten Absatz des § 584 dieses Gesetzes ist mit dürren Worten gesagt, dass der mit der Zwangsvollstreckung beauftragte Gerichtsvoigt mit dem ferneren Verfahren vorläufig innehalten müsse, „sobald ihm die Urkunde über die Behändigung der Interventionsanträge vorgezeigt wird.“ [18]) Auf demselben Standpunkte steht der H.E., nur dass hier nicht bloss die Sistirung des weiteren Verfahrens eintritt, sondern auch die schon vollzogenen Maassregeln vor-

---

[17]) Ullmann, Civilprocessrecht, 3. Aufl., S. 205.

[18]) Vgl. auch noch § 79 Ziff. 4 des Dienstreglements für die Gerichtsvögte, bei Leonhardt, Justizgesetze des Königreichs Hannover, Bd. 2, 1. Aufl., Hannover 1867, S. 415.

läufig aufgehoben werden können. Der § 677 dieses E. bezw. der § 661 des Referenten-Entwurfes bestimmt nämlich u. a., dass der Gerichtsvollzieher mit dem Vollstreckungsverfahren einzuhalten habe auf Grund einer Urkunde, aus welcher hervorgeht, dass eine Klage wegen Widerspruchs gegen die Zulässigkeit des Vollstreckungsverfahrens hinsichtlich eines in Beschlag genommenen Gegenstandes behändigt sei, dass aber die etwa getroffenen Vollstreckungsmaassregeln einstweilen fortbestehen bleiben, sofern nicht vom Gericht deren Aufhebung angeordnet wird. Gegen diese Bestimmung wurde in der 228. Sitzung der hannöverschen Commission[19]) geltend gemacht, dass nach derselben ein Dritter, welcher die muthwilligsten Ansprüche an die gepfändete Sache erhebe, z. B. eine Ehefrau, welche wider besseres Wissen einen ihrem Ehemann abgepfändeten Gegenstand als ihr Dotalgut in Anspruch nehme, den Fortgang der Vollstreckung bis zur Erledigung der von ihr erhobenen Klage hemmen könne. Der Referent bemerkte dawider, es sei natürlich, dass das angeblich stärkere Recht des Dritten an der Sache erst ausgemacht werde, ehe dieselbe dazu verwendet werde, die Forderung des Gläubigers zu befriedigen. Man könne doch nicht eine Sache, deren Eigenthum ein Dritter beanspruche, von einem Gerichtsvollzieher in öffentlicher Auction verkaufen lassen! Abgesehen davon, dass sich dies legislativ nicht rechtfertigen lasse, würde es in hohem Grade zweifelhaft sein, welche civilrechtlichen Folgen eine solche Veräusserung habe. Und ein anderer Abgeordneter hob hervor, eine Veräusserung der streitigen Sache würde keine Bedeutung haben; denn Niemand werde auf sie bieten, da der Käufer Gefahr laufe, sie dem Dritten, welcher nach gemeinrechtlichen Grundsätzen sein Recht an derselben nicht verliere, wieder herausgeben zu müssen.

Der P.E. aber verlässt den französischen Standpunkt und legt wieder die gemeinrechtliche Auffassung zu Grunde. Dieser entspricht es, dass an die Exscindirungs-Klage principiell der Suspensiv-Effect nicht geknüpft ist (§ 1017 in Verb. mit § 1030 Abs. 2 P.E.), dass aber das Gericht auf Antrag des

---

[19]) Protocolle, S. 4193—4197.

Dritten und nach Anhörung des Executionssuchers die einstweilige Sistirung verfügen kann. Doch hat auch die Neuerung in dem P.E. Aufnahme gefunden, dass nicht bloss die einstweilige Hemmung der Zwangsvollstreckung, sondern auch die Aufhebung der bereits eingeleiteten Zwangsmaassregeln verordnet werden kann. Vorausgesetzt wird, dass der Widerspruch des Dritten rechtlich erheblich befunden wird und dass zugleich die dem Widerspruch zu Grunde liegenden Thatsachen glaubhaft gemacht sind. Das Recht des Executionsführers, die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung oder die Aufrechterhaltung der Zwangsmaassregeln nach den Bestimmungen über den Sicherheitsarrest zu beantragen, wird hierdurch nicht berührt (§ 1021 in Verb. mit § 1030 Abs. 2 P.E.).

Der N.E. (§ 917 in Verb. mit § 919), die E. I (§ 603 in Verb. mit § 605), II (§ 625 in Verb. mit § 627),[20] III (§ 627 in Verb. mit § 639) und das Gesetz (§ 688 in Verbindung mit § 690) folgen principiell dem P.E. Nur sind die Bestimmungen derselben detaillirter. Das Gericht kann für die Dauer des Exscindirungs-Streites auf Antrag anordnen:

1. dass die Zwangsvollstreckung eingestellt werde;

2. dass sie nur gegen Sicherheitsleistung an den Dritten fortgesetzt werde;

3. dass sie nur gegen Sicherheitsleistung an den Executionssucher[21] eingestellt werde.

Dasselbe kann aber auch noch weiter gehen und für die Dauer des Exscindirungs-Streites auf Antrag anordnen:

1. dass die bereits vollzogenen Vollstreckungsmaassregeln aufgehoben werden;

2. dass dieselben gegen Sicherheitsleistung an den Executionssucher[22] aufgehoben werden.

---

[20]) Hier wird zuerst neben § 625 auch § 626 (§ 689 C.P.O.) citirt.

[21]) „Die Anforderung einer derartigen Sicherheit würde namentlich dann angezeigt und gerechtfertigt sein, wenn nach Lage der Sache zu besorgen ist, dass bei Aussetzung der Zwangsvollstreckung dem die Execution betreibenden Gläubiger die dereinstige Befriedigung aus den Pfandstücken erschwert oder vereitelt werden könnte." E. des O.L.G. Jena vom 4. Februar 1885, 2. Senat, Seuffert Archiv, Bd. 40, No. 327.

[22]) Ueber die juristische Natur dieser Sicherheitsleistung spricht sich

Bei der Sicherheitsleistung des Executionssuchers an den Dritten wird der Fall in's Auge gefasst, dass in dem Exscindirungs-Streit auf Freigebung erkannt wird. Der Exscindirungs-Kläger soll eine Deckung haben für den Schaden, welcher ihm dadurch erwächst, dass die Execution in das freizugebende Vermögensstück fortgesetzt wird.

Bei der Sicherheitsleistung des Dritten an den Executionssucher kommt die Möglichkeit in Betracht, dass die Exscindirungs-Klage zurückgewiesen wird. Hier soll der Executionssucher eine Deckung haben für den Schaden, welcher ihm daraus erwächst, dass er die Execution nicht fortsetzen darf bezw. dass die vollzogenen Maassregeln wieder aufgehoben werden.

War eine Sicherheitsleistung nicht auferlegt worden, so haftet der Dritte und bezw. der Executionsführer für den verursachten Schaden nach allgemeinen Grundsätzen. Also z. B. nach gemeinem und preussischem Rechte nur, wenn ihn ein Verschulden trifft! Wenn aber eine Sicherheitsleistung auferlegt ist, dann fragt es sich, ob nicht durch die Leistung derselben die Verpflichtung übernommen wird, eventuell dem Beschädigten, unabhängig von einem subjectiven Unrecht, Schadensersatz zu leisten. Die Frage dürfte mit Rücksicht auf die Absichten des Gerichtes, des Cautionsbestellers und des Empfängers zu bejahen sein.[23])

---

die E. des Reichsgerichtes v. 17. December 1884, 5. Senat, Entsch. Bd. 12, No. 116, Seuffert Archiv Bd. 40, No. 264 aus. Sie ist praktisch von Bedeutung, wenn die Exscindirungs-Klage abgewiesen wird. Denn dann wird sich der Executionssucher an die an die Stelle des freigegebenen Pfandstückes getretene Sicherheit (vgl. E. des obersten Gerichtshofes für Bayern vom 10. Juni 1877, Sammlung, Bd. 6, No. 376) halten. Darum ist in der Hinterlegung die Begründung eines Pfändungspfandrechtes an dem hinterlegten Gelde, bezw. an der Forderung auf Rückzahlung desselben zu erblicken.

[23]) Vgl. Seuffert, C.P.O. zu § 802 S. 925.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

